

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LES DROITS DE POURSUITES

DONNÉS AUX

Créanciers Chirographaires

DES COMMERÇANTS

Par la loi du 17 mars 1909, sur les Fonds de commerce

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mardi 17 janvier 1911, à 3 heures

PAR

Gaston LAMY

AVOUÉ PRÈS LE TRIBUNAL CIVIL DE LOUHANS

Président : M. TISSIER.
Suffragants. { MM. BARTIN, } *professeurs.*
WAHL,

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1911

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LES DROITS DE POURSUITES

DONNÉS AUX

Créanciers Chirographaires

DES COMMERÇANTS

Par la loi du 17 mars 1909, sur les Fonds de commerce

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le mardi 17 janvier 1911, à 3 heures

PAR

Gaston LAMY

AVOUÉ PRÈS LE TRIBUNAL CIVIL DE LOUHANS

Président : M. TISSIER.
Suffragants : } MM. BARTIN, } professeurs.
WAHL, }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1911



LES DROITS DE POURSUITES

DONNÉS AUX

CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES

DES COMMERÇANTS

Par la loi du 17 mars 1909, sur les fonds de commerce

GÉNÉRALITÉS

§ 1^{er}. — Des droits des créanciers civils en général.

Presque toutes les obligations ont pour objet une somme d'argent ou peuvent être ramenées à une somme d'argent que le débiteur promet ou s'oblige de payer au créancier à une époque déterminée par la convention.

La plupart du temps, cette promesse est tenue, le débiteur s'exécute de lui-même, sans que le créancier soit obligé de l'y contraindre.

Il faut dire que très souvent le créancier a compté sur l'honnêteté de son débiteur, sur sa bonne foi, et dans l'état social actuel, on doit reconnaître que presque toujours son espoir ne sera pas déçu.

L'activité, le travail, les ressources, la bonne volonté du débiteur seront donc normalement une sûre garantie pour le créancier du paiement de sa créance.

Mais, au cas où le débiteur ne voudrait pas, ou ne pourrait pas s'acquitter à l'amiable, comment le créancier va-t-il l'y contraindre ?

Il a à sa disposition les textes des lois qui organisent les sûretés et qui viennent ainsi assurer indirectement le paiement en permettant au créancier de se payer sur le bien qui a été expressément affecté par le débiteur à l'exécution de son engagement.

Si le créancier n'a exigé aucune sûreté spéciale à la garantie de sa créance, il est réduit au droit de gage général qui résulte de l'article 2092 du Code civil, sur tous les biens de son débiteur, et aux voies d'exécution telles que les diverses saisies que le Code de procédure civile et même le Code civil ont organisé pour permettre au créancier de réaliser les biens de son débiteur et ensuite de se faire payer sur le prix.

Les sûretés destinées à mieux assurer le paiement des créanciers peuvent être personnelles ou réelles.

Les sûretés personnelles sont la solidarité et le cautionnement.

Par la solidarité, le créancier acquiert plus de chance d'être payé, car, sur le nombre des débiteurs qui se sont engagés à payer la dette, il suffit qu'un seul soit solvable, pour que la poursuite puisse être concentrée sur sa tête.

Le cautionnement est un contrat par lequel une autre

personne s'oblige pour le débiteur, de telle sorte que le créancier a ainsi, pour la même dette, un obligé principal et un obligé en sous-ordre, et peut, en conséquence, se faire payer sur deux patrimoines.

Quant aux garanties réelles, elles ont pour objet d'attribuer à un ou plusieurs créanciers, un moyen d'être payés plus sûrement par suite d'une affectation spéciale de tous les biens ou de certains biens compris dans le patrimoine du débiteur.

Les sûretés réelles sont : le nantissement sous ses deux formes (gage en ce qui concerne les meubles, et antichrèse en ce qui concerne les immeubles), droit de rétention, privilèges et hypothèques.

Ces garanties sont aujourd'hui plus estimées et plus recherchées que les sûretés personnelles, mais il n'en a pas toujours été ainsi, et pendant longtemps, notamment dans le droit romain, la préférence a été donnée aux sûretés personnelles en raison de la rigueur avec laquelle l'exécution était poursuivie sur la personne.

Aujourd'hui on attache plus de prix à une garantie réelle, lorsque la valeur du bien sur lequel elle porte répond du paiement de la dette.

Les garanties qui résultent d'une sûreté réelle, et notamment le droit de préférence et le droit de suite engendrés par l'hypothèque et son inscription, sont attachées le plus généralement à des titres exécutoires, jugements ou contrats authentiques.

Telle était la règle de notre ancien droit dont le législateur moderne a recueilli fidèlement la tradition.

La situation des créanciers ainsi protégés par des sûretés réelles est plus avantageuse que celle des créanciers chirographaires, par suite de deux règles bien connues: le droit de préférence et le droit de suite.

Le droit de préférence se rencontre dans le gage, l'antichrèse, le privilège et l'hypothèque; celui qui en profite échappe à la loi du concours entre les créanciers, il ne subit pas le marc le franc, il est payé suivant son rang dans la distribution du prix des biens sur lequel porte son droit de préférence.

Le droit de suite permet au créancier qui en est nanti de réclamer son paiement sur un bien sorti du patrimoine de son débiteur, de faire vendre ce bien affecté à la garantie de sa créance, et ensuite de se faire payer sur le prix de ce bien en exerçant son droit de préférence.

Dans certains cas, enfin, le créancier peut être investi du droit de rétention, c'est-à-dire du droit de garder en sa possession, jusqu'à parfait paiement, un objet qui appartient à son débiteur.

Les créanciers qui ne sont pas en situation d'invoquer à leur profit une de ces sûretés, disposent toujours du droit de gage général qui a été organisé en leur faveur par les articles 2092 et 2093 du Code civil.

Le droit de gage général, ainsi accordé aux créanciers, est indépendant de l'origine de leurs créances, il est le même pour les créanciers dont le titre dérive d'un quasi-

délit, d'un délit, de la loi, d'un quasi-contrat ou d'un contrat. Il porte sur tous les biens du débiteur présents et à venir, mobiliers et immobiliers, corporels ou incorporels, à l'exception toutefois des biens que la loi déclare insaisissables, et ils diffèrent par cette généralité d'un gage spécial.

Pendant que le débiteur est solvable, et que des poursuites ne sont pas engagées, le droit de gage général, à la différence du gage spécial, n'altère pas la liberté des dispositions des biens du débiteur, sauf le cas de fraude, car il n'y a aucune mise du créancier en possession de ces biens, le droit de rétention n'existe pas davantage. Le débiteur conserve la faculté intégrale d'échanger ou d'aliéner ses biens, même à titre gratuit.

Les aliénations à titre gratuit sont permises aux débiteurs, car les créanciers ont suivi sa foi.

Il doit éviter toutefois de se rendre insolvable par ce moyen.

Le droit de gage accordé aux créanciers sur les biens de leurs débiteurs constitue donc une garantie aléatoire susceptible d'accroissement par l'acquisition de nouveaux biens et de diminution aussi, toutes les fois que, pour une cause quelconque, les biens possédés par le débiteur sortent de son patrimoine.

Si un créancier veut pratiquer une saisie, cette saisie ne porte que sur les biens qui figurent actuellement dans le patrimoine du débiteur.

Les créanciers chirographaires n'ont pas de privilège,

par suite, aucun droit de préférence, et dès lors, ils ne doivent être payés qu'au marc le franc sur les sommes mises en distribution ; ils ont bien le droit de faire vendre le gage, mais ils n'en profitent pas plus que les autres créanciers qui n'ont pas exercé de poursuites, ils ne profitent pas non plus des facilités spéciales accordées par l'article 2078 du Code civil.

Les créanciers exercent le droit de réalisation des biens de leurs débiteurs au moyen de saisies. En principe, ils ont le droit de choisir les biens à saisir, sauf quelques restrictions. L'article 2206 du Code civil défend de saisir les immeubles des mineurs ou des interdits avant d'avoir discuté le mobilier ; les immeubles situés dans divers arrondissements, à moins qu'ils ne fassent partie de la même exploitation, ne sont saisissables que successivement (art. 2210, Code civil), puis, lorsque le débiteur justifie par des baux authentiques que le revenu net de deux années de location de ses immeubles suffit pour acquitter la dette et en offre la délégation, les juges peuvent accorder la suspension des poursuites (art. 2212, C. civ. ; voir aussi art. 2205).

Puis il y a certains biens que la loi déclare insaisissables, soit par des raisons d'humanité (art. 581, 592, C. proc. civ., loi du 21 ventôse an IX, décrets des 1^{er} janvier et 1^{er} février 1808, traitements et pensions de retraites, loi du 9 avril 1898, art. 3 sur les accidents du travail), soit parce qu'ils constituent des droits exclusivement attachés à la personne et qu'ils ne pourraient pas être vendus aux

enchères (usage, habitation, art. 634, 639, C. civ.; jouissance légale des père et mère, art. 384, C. civ.), soit en vertu d'une modalité dont la propriété est affectée (substitutions permises, art. 1048 du Code civil et suivants), biens dotaux. Biens de famille, loi du 12 juillet 1909).

Le droit de gage général des créanciers ne comporte aucun droit de suite.

Les créanciers peuvent, en cas d'inaction de leur débiteur, exercer les droits de celui-ci (art. 1166, C. civ.); mais ce pouvoir ne leur appartient qu'en vue d'amener leur gage à l'état de valeur réalisée ou saisissable.

En cas d'insolvabilité du débiteur (état d'une personne dont le passif dépasse l'actif), les créanciers chirographaires peuvent, en vertu de leur gage général, obtenir par l'action paulienne prévue par l'article 1167 du Code civil, la nullité et la révocation de tous les actes faits en fraude de leurs droits et qui leur causent un dommage.

Les créanciers, bien entendu, devront faire la preuve que l'insolvabilité du débiteur a été engendrée ou augmentée par les actes accomplis, mais toutefois, il n'est pas nécessaire que cette insolvabilité soit démontrée par des saisies.

Lorsqu'il résulte d'une série de poursuites, et notamment de saisies, que l'ensemble du passif d'un débiteur est supérieur à l'actif, on dit que ce débiteur se trouve en déconfiture.

La déconfiture est donc l'état d'insolvabilité devenue apparente pour tout le monde d'un débiteur, et s'appliquant à des dettes civiles.

La déconfiture entraîne comme conséquence la perte de tout crédit pour le débiteur et résulte le plus fréquemment d'un ensemble de saisies qui révèle l'insuffisance du patrimoine du débiteur pour le paiement de ses créanciers.

Mais elle se manifestera aussi dans d'autres circonstances notamment s'il y a aveu du débiteur qui vient affirmer à ses créanciers qu'il est devenu insolvable.

Cet aveu d'insolvabilité est la constatation d'un fait qui, par lui-même, produit effet *erga omnes*.

La déconfiture est encore la conséquence de la cession de biens volontaire acceptée par tous les créanciers indistinctement. Par là, le débiteur reconnaît encore son insolvabilité ; l'effet normal de cette cession de biens est la liquidation du patrimoine entreprise et effectuée par les créanciers chirographaires ; mais elle ne libère pas le débiteur du surplus de ses dettes, en cas d'insuffisance des biens qu'il possédait alors, et ceux qui lui adviendront par la suite continueront d'être affectés au gage général des créanciers, sauf au cas où il a été stipulé que moyennant l'abandon de ses biens, le débiteur sera libéré.

Une quatrième cause de déconfiture sera l'acceptation bénéficiaire faite par l'héritier de la succession qui lui advient.

Sans doute, il n'y a pas là une preuve complète de l'insolvabilité du défunt, peut-être l'héritier n'a-t-il recouru à cette acceptation bénéficiaire que par précaution, mais la loi prend, dans l'intérêt des créanciers, une série de pré-

cautions qui ne peuvent se justifier que par une présomption d'insolvabilité.

A l'instar de la succession bénéficiaire, la vacance de la succession est la résultante de la déconfiture du défunt.

Là encore, la preuve de l'insolvabilité n'est pas complète, mais il y en a une très grave présomption, qui est encore plus caractérisée qu'au cas d'acceptation bénéficiaire. En effet, si aucun des héritiers connus ne veut accepter, c'est que très probablement l'actif de la succession est absorbé par les dettes du défunt.

La déconfiture diffère à beaucoup d'égards de la faillite, elle entraîne sans doute, comme celle-ci, un arrêt complet de l'activité économique de l'individu, mais cette différence se manifeste à la fois par la manière dont elle est constatée et par la plupart de ses effets.

La déconfiture ne résulte pas, comme la déclaration de faillite, d'un jugement opposable à tous, même s'il a été provoqué, et qu'il n'est dû qu'à l'initiative d'un seul créancier.

La déclaration de déconfiture est essentiellement individuelle : elle n'existe qu'au regard des créanciers qui l'ont demandée. Ainsi le créancier, à la requête duquel la déconfiture aura été prononcée, pourra seul se prévaloir de la déchéance du terme encourue par le débiteur, mais tout autre créancier dont le titre serait paralysé par un terme, ne pourrait invoquer la même déchéance qu'à la condition de faire légalement, c'est-à-dire judiciairement, constater la déconfiture du débiteur.

La déconfiture produit des effets multiples que la loi n'a rapprochés que dans le régime appliqué aux successions bénéficiaires, qui forme, il est vrai, l'hypothèse la plus courante de la déconfiture d'une personne décédée.

On peut assigner à la déconfiture d'une personne vivante les effets suivants :

1° Ouverture de la procédure de distribution par contribution, lorsque la somme saisie ou les prix de vente ne suffisent pas à désintéresser les créanciers.

2° Déchéance du terme.

3° Droit pour les créanciers de la femme, dont le mari est en déconfiture, d'agir comme si la séparation de biens était prononcée.

4° Autorisation par le vendeur de refuser la livraison à l'acheteur en déconfiture, de la chose vendue à terme.

5° Fin du mandat.

La faillite, au contraire, outre les effets ci-dessus qu'elle produit nécessairement, engendre beaucoup d'autres conséquences, comme l'impossibilité pour le débiteur d'effectuer désormais des actes de disposition sur ses biens.

Sans doute, sous le régime de la déconfiture, l'inaliénabilité des biens existe aussi, mais cette inaliénabilité résulte des saisies qui peuvent être pratiquées, et non de l'état de déconfiture.

La déclaration en faillite entraîne le dessaisissement (art. 443, C. com.).

Par suite du dessaisissement, non seulement les actes

d'aliénation sont désormais interdits aux faillis, mais encore les actes d'administration.

Les biens du failli sont gérés et administrés par le syndic ; dans la déconfiture, les mesures de précaution prises par le législateur sont beaucoup moins énergiques ; l'inaliénabilité des immeubles ne se produit qu'après la transcription de la saisie, auparavant, les créanciers n'ont pas d'autre sauvegarde contre les aliénations que l'action paulienne lorsqu'elle revêt les conditions voulues par la loi.

De même, les créances et les rentes comprises dans le patrimoine du débiteur en déconfiture ne sont rendues indisponibles qu'après une saisie-arrêt, et les meubles n'échappent à leur aliénation par le propriétaire que si une saisie-exécution a eu lieu.

Quant à la gestion des biens saisis, elle est confiée pour les meubles à un gardien (art. 603 et 604, C. proc. civ.), pour les immeubles à un séquestre (art. 681), dont les fonctions peuvent du reste être confiées au débiteur lui-même.

De tous les effets produits par la faillite, le plus important est assurément l'application du paiement au marc le franc entre les créanciers, c'est-à-dire l'égalité entre ceux-ci.

En matière civile, aucune précaution n'a été prise pour assurer l'égalité entre les créanciers, et certains d'entre eux peuvent, par suite de diverses circonstances, se trouver avantagés au détriment d'autres.

Le débiteur peut payer celui qu'il préférera.

La législation civile ne contient aucune règle semblable à celle qui est posée dans l'article 443 du Code de commerce.

Bien plus, le débiteur ne pourrait même pas maintenir, s'il le voulait, l'égalité entre ses créanciers ; ceux-ci peuvent, en effet, prendre des jugements de condamnation contre lui, et ensuite prendre des inscriptions d'hypothèque judiciaire, et les créances seront ensuite payées sur le prix des immeubles selon leurs rangs hypothécaires, et encore, toujours au même point de vue, en cas de déconfiture résultant d'acceptation bénéficiaire, l'héritier sous bénéfice d'inventaire ne peut pas même mettre en réserve une somme suffisante pour la répartir entre les créanciers du défunt, puisqu'il est tenu, conformément aux dispositions de l'article 808 du Code civil, de les payer au fur et à mesure qu'ils se présentent.

Les autres effets de la faillite ne s'appliquent pas davantage à la déconfiture. Il en est ainsi de la cessation générale et immédiate des poursuites (art. 643, C. com.), de la nullité qui vient frapper rétroactivement dans le passé, certains actes accomplis par le débiteur dans la période suspecte (art. 446 et 447, C. com.). Les intérêts dus par le débiteur en déconfiture ne cessent pas de courir, il n'en est pas de même de ceux du débiteur en état de faillite. Les créanciers du débiteur en déconfiture n'obtiennent pas de sûreté analogue à l'hypothèque dont ils bénéficient en cas de faillite. Ils ne peuvent se prévaloir d'aucune nullité spéciale vis-à-vis de la femme de leur débiteur,

conformément aux dispositions des articles 557 et suivants du Code de commerce.

Toutefois, si cette divergence de régime entre la déconfiture et la faillite est le plus souvent défavorable au créancier, elle nuit aussi quelquefois au débiteur lui-même, car la procédure de déconfiture ne se termine par aucun traité semblable au concordat ; dès lors, si la liquidation du patrimoine n'a pas permis le paiement intégral des créanciers, ceux-ci conservent toutes actions et peuvent exercer toutes poursuites contre leur débiteur, qui se trouve ainsi tenu du solde de ses dettes sur les biens qui pourront lui advenir dans la suite.

Si dans le régime de la déconfiture on ne s'inspire pas de l'idée d'égalité pour la liquidation des biens et sa répartition entre les créanciers, le législateur, dans ce même régime, ne se soucie pas davantage de sauvegarder les droits de chacun des créanciers dans la procédure d'exécution.

Chaque créancier, en effet, peut recourir aux voies d'exécution qu'il juge à propos de suivre telles qu'elles sont réglementées par le Code de procédure civile, à la condition, bien entendu, d'avoir un titre exécutoire, et le résultat produit par l'exécution ne profitera aux autres créanciers que s'ils sont intervenus à la procédure.

La saisie-exécution et la saisie immobilière, applicables l'une aux meubles et l'autre aux immeubles, ne peuvent avoir lieu qu'en vertu de titres exécutoires et après un commandement de payer adressé au débiteur.

La première se termine par une procédure de distribution par contribution (art. 656 à 672, C. proc. civ.) dans laquelle on adresse seulement des sommations de produire aux créanciers ayant formé opposition à la distribution des deniers provenant du prix de la vente. Quant aux autres créanciers qui veulent prendre part à la distribution, ils doivent faire leur production dans le mois après la sommation de produire faite aux créanciers opposants, sous peine d'être forclos.

Le législateur ne prend donc aucune précaution en faveur des intérêts collectifs, aucune mesure n'est prise pour appeler à la répartition du prix des meubles saisis les créanciers chirographaires qui ne songeraient pas à produire dans les délais légaux à la distribution parce qu'ils ignorent d'une part la saisie, la vente du mobilier, et d'autre part l'ouverture de la contribution.

La loi commerciale, au contraire, défend leurs intérêts et les sauvegarde en matière de faillite, en portant, d'une part à leur connaissance le jugement de faillite par la voie des journaux et, d'autre part, en leur faisant adresser par le greffier du tribunal de commerce des convocations aux diverses phases de la faillite, d'après une liste de créanciers indiqués dans le bilan, à vue des livres et des déclarations du failli.

La seconde, c'est-à-dire la saisie immobilière, se termine par la répartition du prix de l'adjudication resté entre les mains de l'adjudicataire ou déposé à la Caisse des dépôts et consignations, entre les créanciers, par la procédure de

l'ordre, conformément aux dispositions des articles 749 et suivants du Code de procédure civile, mais cette procédure ne s'ouvre le plus souvent qu'entre les créanciers hypothécaires auxquels seule sommation est faite de produire dans les délais légaux, et elle est destinée à assurer leurs paiements suivant l'ordre et le rang des inscriptions.

Chacun des créanciers colloqués reçoit du greffier du tribunal civil un bordereau de collocation qui lui permet de se faire payer du montant de sa collocation soit par l'adjudicataire, soit par le préposé à la Caisse des consignations.

Cette procédure, comme on le voit, ne s'inspire d'aucune idée égalitaire et est faite surtout pour assurer le respect des causes de préférence entre les divers créanciers.

Quant à la procédure de saisie-arrêt, elle permet aux créanciers, dont le débiteur est lui-même créancier d'une autre personne, de faire défense à cette dernière personne de payer à son créancier direct, et plus tard, par une assignation en validité de saisie arrêt, de demander à ce que la somme ainsi due et arrêtée leur soit payée entre leurs mains jusqu'à due concurrence de leurs droits, mais ici encore, le bénéfice de la saisie-arrêt sera acquis seulement aux créanciers qui auront obtenu le jugement la validant et qui leur attribuera définitivement la somme ainsi arrêtée lorsqu'il sera passé en force de chose jugée.

On peut donc caractériser d'un seul mot les droits de poursuite des créanciers chirographaires en matière civile. Ces créanciers sont placés sous un régime nettement indi-

viduel qui permet aux plus diligents et aux plus aptes la certitude du paiement ou tout au moins une situation meilleure, sans aucun respect pour les droits des autres.

§ 2. — Des droits de poursuite des créanciers chirographaires en matière commerciale.

Autant le droit civil se montre indifférent au principe de l'égalité entre les créanciers, laissant les uns obtenir leur paiement, alors que d'autres tentent d'inutiles poursuites, autant le droit commercial s'attache à concilier la rigueur dans l'exécution avec le respect des droits de chaque créancier poursuivant et des autres créanciers non poursuivants.

C'est la conception absolument inverse de celle qui domine la législation civile.

Le droit commercial, à raison même de la faveur qu'il témoigne au crédit, multiplie les rigueurs contre les débiteurs qui manquent à leurs engagements. Là, en effet, où le crédit est facilement accordé, il importe que toute violation de la foi promise soit sévèrement réprimée, sinon il n'y a plus d'affaires possibles.

Ainsi s'expliquent les facilités accordées aux créanciers, soit quant à la manière de justifier leurs droits, soit quant à la procédure à suivre pour obtenir satisfaction, qui se manifeste surtout par la rapidité avec laquelle les jugements sont obtenus et leur exécution faite jusqu'à parfait paiement s'ils sont contradictoires et sans que le débiteur puisse arrêter le cours des actes d'exécution faits contre

lui en se pourvoyant devant une juridiction supérieure.

Enfin, si l'insolvabilité du débiteur se manifeste nettement, la loi commerciale se préoccupe de prendre immédiatement toutes les précautions nécessaires pour éviter que les intérêts égoïstes d'un seul ou de quelques-uns des créanciers ne soient préférés à ceux de la collectivité. Si le patrimoine du débiteur est insuffisant pour répondre de ses dettes, le déficit sera du moins supporté proportionnellement par tous ceux qui ont une prétention à faire valoir sur l'ensemble de ses biens.

L'appareil insuffisant de la déconfiture est remplacé vis-à-vis des commerçants insolvables par le régime harmonieux de la faillite, où tous les créanciers, concentrés en une seule masse, sous la direction du syndic, exercent une action d'ensemble contre le débiteur, avec la certitude que personne ne souffrira d'une perte supérieure à celle des autres.

Les procès que les créanciers d'un commerçant intentent contre leur débiteur sont portés devant une juridiction spéciale, celle des tribunaux de commerce ; les juges qui les composent sont des commerçants notables élus par leurs pairs et aptes à juger les litiges entre commerçants plutôt d'après les usages commerciaux et l'équité, que d'après les textes législatifs.

Devant cette juridiction, les plus grandes facilités sont accordées pour la justification de la demande, la plus grande rapidité existe pour la juger, et la décision, quoique empreinte de bienveillance, doit être, ou plus tôt peut

être exécutée immédiatement, si elle est contradictoire, sans que le débiteur puisse arrêter le cours de cette exécution, en se retranchant dans le maquis de la procédure.

Le droit commercial ne s'embarrasse pas des règles de la preuve que le Code civil établit avec tant d'intransigeance. En principe, la démonstration du droit allégué se fera par tous les moyens de preuve, et même à l'aide de présomptions, la preuve testimoniale notamment sera admise presque dans tous les cas.

Les jugements rendus par les tribunaux de commerce sont exécutoires nonobstant appel, par provision, toutefois, à moins que l'on ne soit en présence d'un titre non attaqué et qu'il n'y ait eu aucune condamnation précédente, cette exécution provisoire n'aura lieu qu'à charge de donner caution ou de justifier de solvabilité suffisante (art. 439 C. proc. civ.), et tous ces résultats se produisent malgré la facilité accordée par le droit commercial au demandeur pour démontrer son droit.

Mais la supériorité du droit commercial se révèle surtout par l'institution de la faillite (Voir sur ce point Thaller, *Traité de droit commercial*, 4^e édit. de 1910 ; Thaller et Percerou, *Des faillites et banqueroutes*, t. I, 1909).

La faillite protège efficacement les intérêts des créanciers, car elle respecte entre eux l'égalité proportionnelle ; elle les appelle à se prononcer sur l'admission de chacun d'eux au passif, enfin elle assure ou devrait tout au moins assurer la liquidation du patrimoine du failli dans les meilleures conditions, la masse des créanciers étant repré-

sentée à cet effet par un syndic nommé par le tribunal de commerce, syndic qui est habituellement un homme d'affaires expérimenté et habitué aux opérations de ce genre.

Les créanciers se groupent sous la conduite du syndic pour produire leur titre et réaliser l'actif. Le débiteur est, postérieurement à la déclaration de faillite, dessaisi de l'administration de son patrimoine ; le jugement déclaratif de faillite frappe désormais tous ses actes d'un véritable soupçon de fraude ; c'est l'extension au commerçant insolvable des règles de l'action paulienne.

De plus tous les actes qui n'ont pas acquis date certaine, et qui, par suite, ne sont pas opposables aux tiers, seront atteints de nullité à l'égard de la masse toutes les fois que cette formalité de la date certaine n'aura pas été observée avant le jugement de faillite, à moins que la masse représentée par le syndic renonce à en demander la nullité, et au contraire en demande l'exécution parce que ces actes lui sont avantageux. Le principe est posé à cet égard par l'article 447 du Code de commerce.

Tel est le sort des actes onéreux qui se placent entre la cessation des paiements et le jugement déclaratif de faillite, pourvu qu'ils aient été passés avec des tiers qui avaient connaissance de la cessation des paiements et qu'à raison de leur nature préjudiciable pour l'ensemble des créanciers, ils paraissent au tribunal de commerce sous le coup de la loi.

C'est là une sorte d'action paulienne généralisée; mais toutefois avec les différences suivantes : Le syndic deman-

deur n'a pas à démontrer l'insolvabilité du débiteur, mais seulement à apporter la preuve de la cessation des paiements dont la date est fixée par un jugement du tribunal de commerce. A cet égard, il y a lieu de remarquer que la cessation des paiements ne correspond pas toujours avec l'insolvabilité : on peut en effet cesser ses paiements tout en ayant un actif dont la réalisation n'est pas faite, si les immeubles ne sont pas vendus par exemple, ou si les créances ne peuvent être réalisées, c'est-à-dire ne peuvent être réclamées et par suite payées comme n'étant pas exigibles. Puis le demandeur invoquant l'article 447 du Code de commerce n'a qu'à prouver la connaissance par le tiers de la cessation des paiements, preuve qui résultera des circonstances de la cause. Il est superflu de démontrer la fraude du débiteur et l'intention par le tiers de s'associer à cette fraude. Enfin les paiements épargnés par l'action paulienne, telle qu'elle est réglée en matière civile par l'article 1167 du Code civil, sont exposés, comme tous les actes à titre onéreux, à la nullité de l'article 447 du Code de commerce.

L'idée égalitaire dont s'inspire le régime de la faillite a conduit nécessairement le législateur à prescrire, entre les créanciers, toute cause de préférence qui ne dériverait pas de la loi et à limiter, de la manière la plus stricte, l'exercice des sûretés que les textes de lois autorisent certains créanciers à conserver.

Les créanciers qui sont investis d'une sûreté ne sont pas compris, à proprement dit, dans la masse ; ils ne se sont

pas contentés de la parole du débiteur, ils n'ont pas suivi sa foi, ils ont exigé un gage particulier; ils doivent donc rester étrangers à la réalisation du gage général entre les créanciers, c'est-à-dire à la procédure de faillite. Le caractère syndicaliste qui domine celle-ci exclut nécessairement de la masse toute personne qui s'est montrée trop égoïste pour la conservation de ses intérêts individuels.

« La tendance du droit commercial, écrit M. Thaller, est de restreindre le champ des privilèges et des hypothèques, le privilège fait échec à la conception d'égalité qui est à la base de la faillite, et celle-ci le voit d'un œil défavorable. »

Le privilège de vendeur notamment, avec les garanties accessoires qui en forment le cortège (droit de rétention, action résolutoire, droit de revendication), subit de notables limitations. Le droit de rétention seul lui est conservé en principe, les trois autres garanties ne sont maintenues au profit du vendeur non payé que dans des circonstances exceptionnelles et à la condition que les objets vendus se trouvent dans les circonstances déterminées par les articles 576 et 577 du Code de commerce.

Il en est de même du privilège du bailleur; celui-ci, comme le privilège du vendeur, subit de grandes restrictions toutes consacrées par la loi du 12 février 1872 dans l'intérêt de la masse des créanciers.

Telle est l'organisation de la faillite avec son unité et surtout avec son égalité remarquable qui soumet tous les créanciers à la même condition, et qui, dans le malheur

commun, solidarise, les uns avec les autres, ceux qui ont eu confiance en leurs débiteurs et qui ne peuvent plus désormais compter obtenir le paiement de ce qui leur est dû.

Mais si les créanciers ainsi groupés ne peuvent plus, pendant le cours de la faillite, exercer de recours individuels, cette situation cesse lorsque la faillite est close, à moins qu'elle le soit à l'aide d'un concordat qui règle le montant des sommes dues aux créanciers, et qui les limite dans les termes de la convention concordataire imposée tout au moins à certains créanciers qui ont refusé de voter le concordat.

Les créanciers peuvent alors, après la clôture de la faillite non terminée par un concordat, exercer leurs poursuites individuelles contre leur débiteur, et le champ de poursuites reste alors ouvert, comme si le débiteur n'avait pas été déclaré en faillite, à moins toutefois que la faillite soit réouverte à nouveau. Dans ce cas alors les règles de la faillite reprennent leur empire.

Comme corollaire aux explications qui viennent d'être données au sujet de la faillite, il convient d'ajouter que si, dès que la faillite est déclarée, personne ne peut se créer une situation plus avantageuse au détriment des autres, il en est autrement lorsque personne, pas plus les créanciers que le débiteur, ne veut faire déclarer la faillite ; ou bien lorsque le débiteur est dans un état de gêne momentanée, sans pour cela être en état de cessation de paiement, chaque créancier conserve indiscutablement

le droit, pour obtenir satisfaction, d'user des moyens de persuasion ou même de recourir aux voies d'exécution forcée, sans avoir égard aux intérêts des autres.

Le créancier, dans ce cas, peut aussi prendre toutes les garanties que lui commandent ses intérêts.

Il n'a pas besoin de se préoccuper du préjudice que les poursuites individuelles ou que les garanties qu'il prend, peuvent occasionner aux autres créanciers.

Dès lors, le créancier qui agit par voie de poursuite individuelle contre son débiteur commerçant, au lieu de l'assigner en déclaration de faillite, sera fondé à se prévaloir à son encontre des règles de la saisie-exécution, de la saisie immobilière, de la distribution par contribution, de l'ordre.

Toutes ces procédures, qui du reste sont moins coûteuses que les frais d'une déclaration de faillite et de sa gestion, seront utilement employées, lorsqu'il n'y aura aucun intérêt pour les créanciers à faire annuler des actes préjudiciables faits par le débiteur dans la période suspecte, destinés à rompre l'égalité entre les créanciers, telle que la désire la législation de la faillite.

Au surplus, toutes ces procédures sont des procédures normales, de droit commun, applicables tout aussi bien au débiteur civil qu'au débiteur commerçant, et ne sont pas en contradiction avec le droit commercial qui est avant tout un droit exceptionnel.

CHAPITRE PREMIER

DE L'APPLICATION, EN MATIÈRE DE FONDS DE COMMERCE, DES
RÈGLES DE LA SAISIE-ARRÊT, DE LA SAISIE-EXÉCUTION ET DE
LA DISTRIBUTION PAR CONTRIBUTION.

Il est clair que le fonds de commerce constitue l'élément le plus important du patrimoine d'un négociant.

C'est donc un élément essentiel du gage des créanciers.

Mais comment pourront-ils réaliser leurs droits ?

Telle est la question qu'il nous faut successivement étudier, d'abord en étudiant les règles établies par la pratique avant la loi du 17 mars 1909, puis en tenant compte ensuite des innovations apportées par cette loi.

Pour être fixé sur l'étendue exacte des droits des créanciers, il convient tout d'abord de se rendre compte de la notion juridique du fonds de commerce, en droit français.

D'après MM. Lyon-Caen et Renault, il faut entendre par fonds de commerce « un ensemble de choses qui se rattachent à l'exercice d'un commerce, principalement l'installation matérielle, l'achalandage, l'enseigne, les marchandises en magasin, le droit au bail des lieux où s'exerce le commerce, la marque de fabrique que le commerçant appose sur ses produits (*Traité de droit commercial*, t. III, n° 239) ».

De même M. Ruben de Couder entend par fonds de commerce « l'ensemble des choses dont se compose un établissement commercial de quelque nature que ce soit ».

Un fonds de commerce comprend ordinairement quatre éléments : 1° l'achalandage et la clientèle attachée à l'établissement ; 2° les marchandises existant en magasin ; 3° le droit au bail où s'exerce le commerce ; 4° la marque de fabrique ou de commerce que le commerçant appose sur ses produits.

La réunion de ces divers éléments n'est, d'ailleurs, pas nécessaire pour constituer le fonds de commerce, quelques-uns peuvent ne pas s'y rencontrer. Il n'y en a même aucun qui soit de l'essence du fonds de commerce (Lebre, n° 1 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. III, n° 239 et suiv. ; Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 82, édit. 1910 ; Magnier et Pruvost, *Du nantissement constitué sur les fonds de commerce*, n°s 21 et suiv.).

C'est ainsi, disent ces auteurs, que l'on conçoit très bien un fonds de commerce sans enseigne ou marque de fabrique (Lebre, n° 1), ou encore sans droit au bail : ainsi en est-il, par exemple, dans le cas où celui qui exploite le fonds est propriétaire de l'immeuble ; on peut même le supposer réduit à la clientèle, telle serait l'hypothèse où un incendie ayant brûlé les magasins, le matériel et les marchandises, la clientèle subsisterait seule. La clientèle elle-même n'est pas indispensable, on peut supposer un établissement qui vient d'être créé, n'a pas été ouvert au public et n'a encore pas d'achalandage, ou bien un éta-

blissement fermé depuis plusieurs mois et dont on vend les marchandises ou agencements ; on peut citer également le cas des commerces ambulants, qui ne s'exploitent pas dans un immeuble donné et qui ne s'adressent qu'à une clientèle de passage (Voir *Pandectes françaises*, V° *Fonds de commerce*, n° 5 et suiv.).

M. Boistel enseigne à l'inverse, dans un autre système, qu'un fonds de commerce ne peut exister sans clientèle ou achalandage. Tous les autres éléments, marchandises, droit au bail, etc..., peuvent venir à manquer : celui-là est au contraire essentiel ; à défaut de clientèle et d'achalandage, il n'y a plus, à proprement parler, de fonds de commerce : il y a uniquement des marchandises ou un droit au bail (*Pandectes françaises*, V° *Fonds de commerce*, n° 10).

Enfin, d'après une dernière théorie, on paraît admettre que, par essence, le fonds de commerce est un ensemble de choses, une « universalité », de telle sorte qu'il cesse d'exister, lorsqu'il est réduit à un seul des éléments dont il est question ci-dessus, quel que soit d'ailleurs cet élément (*Pandectes françaises*, V° *Fonds de commerce*, n° 11).

Le fonds de commerce embrasse en général, comme accessoires compris dans les aliénations dont il peut faire l'objet :

1° Les installations et les marchandises en magasin qui peuvent, dans certains cas, avoir une très grande importance ;

2° Les divers droits utiles se rattachant à l'exploitation,

notamment le droit au bail des lieux occupés par le commerce, les marques de fabrique ou de commerce que le commerçant appose sur ses marchandises.

M. Boistel va même plus loin, il soutient que les droits de créance et les recouvrements font partie du fonds de commerce, et aussi, comme conséquence, donne-t-il au fonds de commerce une définition qui a la portée la plus grande.

Son opinion n'a guère été suivie, presque tout le monde considère que les créances ne font pas partie du fonds de commerce, et la meilleure preuve, c'est qu'elles ne sont pas nécessaires à l'exploitation du fonds, elles sont même nuisibles puisqu'elles peuvent empêcher au commerçant d'étendre ses affaires en achetant des marchandises, des machines et ainsi augmenter son achalandage et son exploitation.

M. Thaller (*Traité élémentaire de droit commercial*, édit. 1910, n^{os} 86 et suiv.) estime même que « le fonds de commerce n'est pas un tout ayant une économie propre, c'est à la clientèle seule qu'on devrait réserver cette qualification ».

Ce savant auteur, dont la doctrine est du reste conforme à celle de jurisconsultes considérables (Wahl, note Sirey, 97.2.89 ; Lyon-Caen et Renault, t. III, n^o 245 bis ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. II, 5^e édit., § 165, p. 39), estime que le fonds de commerce n'est pas une universalité de droits comportant un actif et un passif propres ; il n'y voit qu'un groupement d'éléments économiques

réunis par un lien de pur fait (leur commune destination), et, refusant de reconnaître la vie juridique à cet ensemble, il insiste sur l'existence propre et les caractères particuliers que conserve chacune des valeurs composant le fonds de commerce, et dont celui-ci forme seulement le groupement.

Ainsi, malgré l'identité de destination, chacun des éléments composant du tout, peut être l'objet de contrats ou d'actes juridiques particuliers ; le matériel et les marchandises pourront être l'objet d'une saisie séparée.

Le fonds de commerce, d'après cette théorie, n'est donc qu'une universalité de fait, qu'un ensemble de valeurs auxquelles la destination commune peut donner l'apparence d'une universalité juridique.

Si cette universalité juridique existait, comme le dit fort bien M. Thaller (*Traité élémentaire de droit commercial*, n° 88, édit. 1910), il faudrait enregistrer deux résultats qui ne peuvent être acceptés ni l'un ni l'autre, à savoir : 1° cette universalité se détacherait de la personne de l'exploitant, le commerçant se dédoublerait. Il y aurait un patrimoine d'ordre général et un patrimoine d'affectation consacré à son commerce ; cela présenterait un intérêt en cas de faillite, car avec ce système, les créanciers commerciaux ne pourraient exercer leurs droits que sur les valeurs comprises dans l'établissement et disposer d'un rang de préférence sur les valeurs de l'exploitation. — 2° Avec la thèse qui voit dans le fonds de commerce une universalité, se pose la question sur le sort des dettes pendantes ou des

créances à recouvrer au moment où l'établissement est cédé. Est-ce l'acheteur qui sera chargé de cette liquidation comme dans les idées allemandes, où le fonds est vendu actif et passif, comme s'il s'agissait d'une succession, ou bien, lorsque la convention est muette à cet égard, est-ce le vendeur qui est chargé de faire cette liquidation ?

La notion juridique du fonds de commerce se résume purement et simplement en une clientèle, qui est une valeur économique d'une valeur particulière, bien réellement existante, puisqu'elle peut être cédée moyennant un prix en argent. Près de cet élément capital et seul nécessaire, se groupent des valeurs diverses qui s'y rattachent par des liens plus ou moins étroits, les unes, comme le nom commercial et l'enseigne, ne sont que des signes représentatifs de l'achalandage lui même ; d'autres, comme le droit au bail, les marques et les brevets, se traduisent encore par l'influence qu'ils exercent sur l'accroissement ou la conservation de la clientèle ; d'autres enfin, comme les marchandises et le matériel, permettent d'une manière plus générale, le fonctionnement de l'entreprise, mais il ne paraît pas que l'ensemble de ces différentes valeurs, qui se groupent autour de l'élément principal, se fondent en un tout nettement indivisible, et il semble bien plutôt que chacune d'elles conserve sa nature propre.

La conception d'après laquelle un fonds de commerce consisterait dans la juxtaposition de valeurs de nature différente, de caractère économique particulier, et ne formant pas corps entre elles, peut trouver déjà un appui

dans une certaine mesure, dans la loi fiscale du 28 février 1872, dont l'article 7 porte :

« Les mutations de propriété à titre onéreux des fonds de commerce ou de clientèle, sont soumises au droit d'enregistrement de 2 o/o. Ce droit est perçu sur le prix de vente de l'achalandage, de la cession du droit au bail et des objets mobiliers ou autres servant à l'exploitation du fonds, à la seule exception des marchandises neuves garnissant le fonds.

« Les marchandises ne sont assujetties qu'à un droit de 0.50 o/o, à la condition qu'il sera stipulé pour elles un prix particulier et qu'elles seront désignées et estimées article par article dans le contrat ou la déclaration. »

En assujettissant à des tarifs différents, les divers éléments du fonds de commerce, ce texte montre nettement qu'aucune solidarité ne relie les divers articles ou plutôt les différentes valeurs composant le fonds de commerce.

Toutefois, la jurisprudence donnait, en général, la préférence à une autre conception.

Avant la loi du 1^{er} mars 1898, elle admettait que le fonds de commerce constituait une universalité juridique et pouvait être donné en nantissement dans son ensemble.

Cette universalité étant de nature mobilière, il suffisait, pour la régularité du nantissement, que la signification du contrat de gage fût faite au propriétaire de l'immeuble loué, puis, que le créancier fût mis en possession du contrat de bail et du titre d'acquisition de l'établissement.

Le gage constitué dans ces conditions portait sur le fonds

de commerce tout entier, y compris ses éléments corporels (outillage, matériel et marchandises) (Lyon, 23 mars 1893, S. 94.2.237 ; Paris, 24 février 1895, S. 97.2.89).

La jurisprudence était fixée en ce sens depuis un arrêt rendu par la Cour de cassation le 13 mars 1888, S. 88.1.302, D. P. 88.1.351.

Mais si les arrêts étaient unanimes pour déclarer le caractère d'universalité juridique pour les fonds de commerce, les décisions, au contraire, variaient sur le point de savoir si les conditions requises pour la validité du nantissement étaient celles applicables aux meubles corporels ou bien celles applicables aux meubles incorporels.

Dans le premier cas, la mise en possession des meubles corporels formant le gage, aux mains du créancier gagiste, s'imposait, et dans le second cas, il suffisait de remettre au créancier gagiste les titres établissant le droit de propriété du débiteur sur le fonds (actes d'acquisition et bail), et de signifier le gage au propriétaire de l'immeuble où le fonds était exploité.

Toutefois, lorsque le nantissement d'un fonds de commerce devint une opération usuelle, la jurisprudence, qui montrait peu de sympathie pour cette opération, parce qu'il y avait des abus manifestes, l'actif se trouvant en cas de faillite presque entièrement accaparé par les créanciers nantis, essaya de susciter des difficultés et d'entraver la prestation de cette sûreté.

Dans ce but, elle décida que le fonds de commerce, tout en étant un tout indivisible, était tantôt de nature corpo-

relle, tantôt de nature incorporelle, suivant que la valeur pécuniaire de ses éléments corporels (matériel et marchandises) était plus ou moins considérable que ses éléments incorporels.

D'après cette théorie, elle décida que lorsqu'il était reconnu en fait que le matériel et le mobilier d'un fonds de commerce donné en gage formaient la plus grande partie et la plus grande valeur du fonds, les droits incorporels que celui-ci comprend n'en étant pas la partie principale et essentielle, la remise entre les mains du créancier du titre d'acquisition et du bail et la signification de l'acte de nantissement au propriétaire, n'étaient pas suffisants pour constituer valablement le nantissement du fonds de commerce, le gage en pareil cas étant corporel, et que dès lors le privilège ne pouvait exister, si le débiteur était resté en possession du gage (Paris, 2 novembre 1898, D. P. 99.2.96).

La jurisprudence entreprit en outre d'envisager isolément chacun des éléments du fonds et d'exiger pour chacun d'eux des règles indépendantes.

Dans cette conception, il aurait fallu d'abord mettre le créancier en possession du matériel et des marchandises, puis il aurait dû prendre possession du fonds, l'exploiter lui-même, et signifier son contrat de gage au bailleur conformément aux dispositions de l'article 1690 du Code civil.

Cette pratique fut suivie notamment par le tribunal de commerce de la Seine (3 septembre 1890, *La Loi* du 21 décembre 1890 ; 9 janvier 1892, *Journ. Trib. comm.*, 1893,

p. 162 ; 24 août 1893, *Journ. Trib. comm.*, 1895, p. 35 ; Trib. comm. Saint-Etienne, 10 janvier 1894, *Journ. Trib. comm.*, 1895, p. 809 ; Trib. comm. Seine, 4 avril 1894, S.95.2.89 ; 13 décembre 1894, *Journ. Trib. comm.*, 1896, p. 84 ; 26 février 1895, *Journ. Trib. comm.*, 1896, p. 84, S. 97.2.89 ; 16 août 1895, *Journ. Trib. comm.*, 1896, p. 254 ; 21 décembre 1895, *Journ. Trib. comm.*, 1897, p. 159 ; 6 mars 1896, *Gazette du Palais*, 96. I. 591).

Dans ces conditions, la dation du fonds de commerce en gage devint pratiquement irréalisable.

Sans doute, les juges consulaires n'osaient pas combattre en face la notion maintes fois proclamée par les juridictions civiles de l'universalité juridique du fonds de commerce, mais ils parvenaient au même résultat, qu'ils désiraient, par l'exigence des formalités multiples et presque impossibles qu'ils exigeaient pour la mise en gage.

Là-dessus intervint la loi du 1^{er} mars 1898, partie intégrante de l'article 2075 du Code civil portant « que tout nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public, tenu au greffe du tribunal de commerce, dans le ressort duquel le fonds est exploité ».

Le laconisme de cette loi engendra immédiatement de très grosses controverses.

Fallait-il d'abord comprendre dans le nantissement les marchandises, qui existaient au moment de l'acte de nantissement, dans le fonds de commerce et celles achetées

postérieurement à cet acte qui viendraient remplacer celles vendues ?

Grave question !

D'après une première opinion, le nantissement ne s'étendrait pas *de plano* à ces marchandises, mais il était possible de les y comprendre par une stipulation expresse et additionnelle (Voir à cet égard Percerou. Rapport présenté au nom de la commission chargée de la préparation d'un projet de loi sur le nantissement des fonds de commerce. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1903, p. 233).

Pour d'autres, il était impossible aux parties d'opérer, même par une clause formelle accompagnée de la publicité prescrite par la loi du 1^{er} mars 1898, le nantissement des marchandises si l'opération n'était pas suivie par la mise en possession matérielle du créancier, précédée de la dépossession du débiteur. Solution à peu près impossible en pratique.

Cette dernière opinion paraissait rallier la majorité des suffrages, bien que nous soyons d'un avis absolument contraire.

Cette première difficulté tranchée, on se demandait si la formalité de l'inscription au greffe suffisait pour la validité du nantissement, ou si elle représentait simplement une formalité complémentaire aux autres conditions imposées par la jurisprudence antérieure, c'est-à-dire remise au créancier de l'acte d'acquisition du fonds de commerce, du bail des lieux, et signification de l'acte de gage au propriétaire de l'immeuble où s'exploite le fonds de commerce ?

Ici encore deux opinions ont été aux prises.

La première opinion soutenait que la validité du nantissement n'était que complémentaire de la remise des titres ci dessus indiqués entre les mains du créancier et de la signification du nantissement entre les mains du bailleur de l'immeuble où le fonds de commerce était exploité.

Mais la Cour de cassation estimait au contraire que la publicité du gage, c'est-à-dire de l'inscription au greffe telle que le prescrit la loi du 1^{er} mars 1898, était la condition nécessaire, mais suffisante, de la validité du nantissement (Cass., 31 octobre 1906, D. P. 1906.1.528).

Etant donné les controverses auxquelles la loi du 1^{er} mars 1898 n'avait nullement mis fin, de graves difficultés se présentaient, lorsque les créanciers chirographaires voulaient faire valoir leurs droits sur le fonds de commerce de leur débiteur.

La loi de 1898, comme du reste le Code de procédure civile, ne contenaient aucune disposition relative à la saisie des fonds de commerce.

Il semble cependant qu'il eût été bon, dans la loi de 1898, de prévoir et de réglementer cette question, car il était facile d'entrevoir l'intérêt que les créanciers nantis avaient de réaliser leur gage en bloc, au lieu de laisser vendre en détail les éléments qui composaient séparément le fonds, en suite de saisie-exécution, éléments qui tous ne pouvaient pas faire l'objet de saisies.

Il eût donc été logique dans la nouvelle loi de protéger

l'intérêt des créanciers et de leur donner la facilité de faire vendre le fonds de commerce, en bloc, avec tous ses éléments, de façon à trouver un prix rémunérateur qui pouvait très probablement être supérieur à celui d'une vente en détail, et ce dans le cas où le débiteur aurait refusé de laisser vendre en bloc le fonds à l'amiable.

Quels étaient donc, sous l'empire de la loi du 1^{er} mars 1898, les moyens mis à la disposition des créanciers nantis ou même seulement chirographaires pour arriver à la vente forcée du fonds de commerce de leur débiteur ?

Le créancier désireux d'arriver à une voie d'exécution était fort embarrassé.

Rien n'était plus délicat que l'application des diverses saisies du Code de procédure civile au fonds de commerce.

La saisie-exécution ne paraissait pas faite et était inapplicable du reste pour le meuble incorporel qu'est le fonds de commerce.

Il était impossible de l'appliquer à d'autres éléments que la marchandise et le matériel d'exploitation.

Or, le matériel se vend difficilement lorsqu'il est vendu séparément du fonds.

Quant aux marchandises, elles pouvaient à la vérité être saisies et vendues à la requête des créanciers, mais le prix qu'elles atteignaient était toujours très minime et en dessous de leur valeur réelle, en raison de ce que, la plupart du temps, il n'y avait pas suffisamment d'amateurs pour les acheter à un prix normal.

La saisie-exécution était donc inapplicable et désastreuse pour la réalisation du prix des fonds de commerce, ainsi qu'on vient de le démontrer, parce que d'une part elle ne peut pas comprendre les éléments incorporels du fonds, et d'autre part parce que les meubles corporels seuls pouvant être saisis, se vendent à vil prix lorsqu'ils sont vendus séparément du fonds.

Quelles étaient donc les autres voies d'exécution que pouvaient employer les créanciers chirographaires pour arriver, contre la volonté de leur débiteur, à la réalisation du prix du fonds de commerce de ce dernier, lequel fonds de commerce constitue presque toujours l'actif principal d'un négociant et qui peut parfois avoir une valeur considérable ?

Il y a d'abord la mise en faillite du commerçant débiteur qui peut être provoquée par le créancier non payé, si toutefois sa créance est commerciale, c'est-à-dire constituée une dette commerciale du négociant.

Dans ce cas, le syndic chargé de réaliser l'actif de la faillite cède le fonds de commerce, soit à l'amiable, soit aux enchères après la réunion du concordat lorsque les créanciers sont constitués en état d'union. Le syndic pourrait même céder le fonds de commerce avant la réunion du concordat, mais, dans ce cas, il lui faudrait l'assentiment du failli.

Mais il se peut que la créance du créancier chirographaire soit une dette civile de la part du débiteur, dans ce

cas, il n'est pas possible à ce créancier de provoquer la faillite du débiteur.

Dès lors, comment ce créancier arrivera-t-il à faire vendre, contre le gré du commerçant, le fonds de commerce de celui-ci ?

Il faut dire qu'avant la loi du 17 mars 1909, le créancier se trouvait en face de difficultés presque insurmontables s'il voulait arriver à la vente en bloc du fonds de commerce de son débiteur, par les voies légales. Il était donc dans la nécessité d'employer une procédure consacrée par la pratique plutôt que par la loi et sanctionnée par la jurisprudence (Paris, 29 novembre 1893, *Le Droit* du 9 février 1894, *Pandectes françaises*, V^o *Saisie-exécution*, n^o 29).

Il assignait alors son débiteur devant le tribunal civil, qui rendait un jugement ordonnant la vente du fonds de commerce, avec tous ses éléments corporels et incorporels, par le ministère d'un notaire qu'il commettait à cet effet sur une mise à prix qu'il déterminait.

Après la vente du fonds de commerce, il s'agissait d'en distribuer le prix.

En cas de différend entre les créanciers, il n'y avait pas d'autre procédure applicable dans l'espèce que celle de la distribution par contribution.

C'est en effet d'après elle que le prix des meubles est réparti entre les créanciers ; or, comme le prix du fonds de commerce est de nature mobilière, c'est donc cette procédure qu'il fallait employer.

Avec cette procédure, aucune liquidation d'ensemble n'est organisée, les créanciers opposants seuls reçoivent des sommations de produire, et les créanciers qui ne produisent pas dans les délais légaux sont forclos.

Quant aux créanciers qui avaient reçu le fonds de commerce en gage, ils avaient toujours le droit de faire vendre le fonds en recourant aux mêmes procédures et aux mêmes voies d'exécution que les créanciers chirographaires ordinaires, procédures et voies d'exécution qui ont été décrites ci-dessus.

Ils pouvaient en outre, à défaut de paiement, faire ordonner en justice que le fonds de commerce, objet du nantissement, leur serait attribué en paiement jusqu'à concurrence de leur créance, d'après une estimation par experts, ou bien qu'il serait vendu en justice, le tout conformément aux dispositions de l'article 2078 du Code civil.

Puis encore, ils pouvaient, conformément aux dispositions de l'article 93 du Code de commerce, modifié par la loi du 23 mai 1863, puisqu'il s'agit presque toujours dans l'espèce d'un gage commercial, faire procéder à la vente du fonds de commerce huit jours après la signification prescrite par cet article (Voir en ce sens : *Pandectes françaises, Supplément au Répertoire*, V° *Fonds de commerce*, n° 326, et jugement du tribunal de Châteaubriant du 6 mars 1900, y cité).

Après la vente du fonds de commerce, il faut en distribuer le prix entre les divers créanciers.

Si tous sont d'accord, on fera un règlement amiable, autrement dit un règlement consensuel.

Mais au cas où une entente ne pourrait se faire entre les créanciers, quelle sera la procédure qu'il faudra employer ?

Tout d'abord, on doit remarquer qu'il s'agit de la répartition du prix d'une valeur mobilière, par suite c'est la procédure de la distribution par contribution qu'il convient de suivre.

C'est en vain, selon nous, que l'on soutiendrait qu'il conviendrait de régler cette distribution par voie d'ordre, quelque analogie qu'il puisse exister entre la répartition de prix d'immeubles qui doit être distribué aux créanciers hypothécaires suivant leur rang, et la répartition d'un prix d'un fonds de commerce qui doit aussi être distribué aux créanciers nantis suivant la date de l'inscription de leur nantissement.

On aurait pu souhaiter que le législateur imposât une procédure analogue à celle de l'ordre pour la distribution du prix d'un fonds de commerce grevé de nantissement, mais du moment qu'il n'a pas été dérogé aux principes généraux, ceux-ci doivent être appliqués dans ce cas.

Dans cette procédure de distribution par contribution, le poursuivant devra-t-il faire sommation aux créanciers nantis qui n'ont pas formé opposition ?

Nous ne le pensons pas également, bien qu'il soit facile au poursuivant de connaître, par la voie du greffe de commerce les noms des créanciers qui ont fait inscrire leur nantissement.

Cependant, bien que la loi n'ait pas prescrit de faire

sommatation aux créanciers inscrits en suite d'un nantissement, de produire, il serait, à notre avis, prudent de remplir cette formalité.

Le nantissement d'un fonds de commerce donne bien un droit de préférence, mais ne donne aucune garantie au créancier pour le faire valoir, c'est pourquoi, lorsqu'il omet de produire à la distribution par contribution du prix du fonds de commerce, il perd complètement le bénéfice de son nantissement, comme perdrait le bénéfice de son privilège tout autre créancier privilégié qui ne produirait pas à la distribution du prix des objets mobiliers sur lesquels porte son privilège.

Lorsque le débiteur d'un créancier ayant un nantissement sur un fonds de commerce est déclaré en faillite, ce créancier n'est pas lié à la procédure de faillite, il ne peut prendre part à la délibération du concordat, à peine de perdre le bénéfice de son privilège, et il a le droit de poursuivre individuellement la réalisation de son gage, sans attendre la vente qui en serait faite par le syndic.

Maintenant il peut arriver que le débiteur, en dehors de la faillite, sollicite un délai de grâce ou allègue que l'intérêt de ses créanciers, comme le sien propre, est de surseoir aux poursuites pour lui permettre de vendre le fonds de commerce avec le matériel et les marchandises qui seuls ont été frappés par une saisie-exécution.

Dans ce cas on observe la pratique suivante :

« Le tribunal ou le président statuant en référé, accorde au débiteur un délai pour mettre le fonds en adjudication

par devant notaire, et le prix est payé directement aux créanciers, soit en vertu d'une délégation consentie par leur débiteur à leur profit et insérée dans l'acte de vente, soit en vertu d'une saisie-arrêt pratiquée sur l'heure entre les mains de l'adjudicataire. Les créanciers peuvent même requérir du tribunal ou du président la subrogation éventuelle dans les poursuites, en vue du cas où le débiteur ne tiendrait pas l'engagement qu'il a pris de mettre le fonds en adjudication par devant notaire et pour pouvoir le faire vendre à leur requête à l'expiration du délai imparti au débiteur.

« Les créanciers peuvent aussi, en présence d'un débiteur dont la bonne foi est suspecte, demander et obtenir par la même ordonnance de référé, que le fonds soit mis sous séquestre en vertu de l'article 1961 du Code civil, qui permet d'agir ainsi à l'égard des meubles saisis sur un débiteur ou des choses qu'il offre pour sa libération » (Garsonnet et César Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, 3^e édit., t. V, § 1751).

Enfin, en cas de vente amiable d'un fonds de commerce par son titulaire, quels étaient les droits des créanciers de ce dernier ?

Si l'acquéreur, le vendeur et le créancier nantis tombaient d'accord pour appliquer le prix à la créance nantie, la question était résolue sans difficultés.

Il y avait alors un règlement amiable soumis alors aux règles ordinaires des conventions.

Cependant, dans la pratique, pour le règlement des prix

des fonds de commerce, on exigeait d'autres formalités.

Il existe en effet à Paris et dans d'autres villes, un usage spécial, qui, en cas de vente de fonds de commerce, sauvegarde les droits des créanciers du vendeur sur le prix.

« La vente est portée par la voie d'un journal d'annonces légales, à la connaissance du public, avec avis aux créanciers du vendeur d'avoir à former opposition sur le prix, dans un délai de dix jours à partir de l'insertion, faute de quoi l'acheteur paiera directement le prix au vendeur.

« Si l'acheteur, après avoir fait cette publication, paie le prix au vendeur, avant l'expiration du délai de dix jours, les créanciers du vendeur peuvent l'obliger de payer une seconde fois ; ils ont pu croire que l'acheteur ne paierait pas, tant que le délai ne serait pas expiré » (Lyon-Caen et Renault, *Manuel de droit commercial*, 8^e édit. de 1906, p. 310, n^o 432, *in fine*).

Mais il n'y avait là qu'une sauvegarde bien peu efficace,

Les avertissements ainsi donnés aux créanciers chirographaires ne portaient que si ces derniers prenaient connaissance des journaux.

Du reste, la valeur juridique de cet usage était très controversée, et sa forme obligatoire n'était pas telle, suivant certains auteurs, que les parties n'y aient pas pu valablement renoncer.

Il aurait été à désirer, à notre avis, pour que les droits des créanciers des vendeurs de fonds de commerce soient suffisamment sauvegardés, qu'il fût inscrit dans la loi que

des notifications individuelles, par actes extra-judiciaires, ou même simplement par lettres recommandées, fussent adressées aux créanciers connus par les livres ou de toute autre manière.

Telles étaient les mesures bien restreintes dans lesquelles les créanciers chirographaires d'un commerçant pouvaient assurer leur paiement sur le fonds de commerce de leur débiteur.

Le législateur de 1909 s'est préoccupé de les protéger plus efficacement, ainsi qu'on le verra dans les explications qui vont suivre.

CHAPITRE II

LES DROITS DE POURSUITE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES SUR LES FONDS DE COMMERCE, D'APRÈS LA LOI DU 17 MARS 1909.

§ 1^{er}. — **Protection des créanciers chirographaires par une publicité de la vente.**

Depuis la loi du 17 mars 1909, les créanciers chirographaires d'un commerçant ont plus de facilités pour faire valoir leurs droits sur le fonds qu'il exploite.

La publicité d'une vente de fonds est organisée par l'article 3 de la loi nouvelle.

Elle incombe à l'acquéreur, mais il nous semble que le vendeur pourrait également y faire procéder surtout après l'expiration du délai de quinzaine à partir de l'acte de mutation fixé par ladite loi.

Le vendeur a en effet intérêt à appeler tous ses créanciers à la distribution du prix de son fonds de commerce, et à les faire payer, puis il a en outre encore intérêt à pouvoir contraindre l'acquéreur à verser le prix immédiatement, ou tout au moins le plus tôt possible entre les mains des ayants droit, ayants droit qui ne peuvent être connus qu'après la publicité de la vente faite.

A l'appui de cette thèse, on peut invoquer par analogie

la loi du 23 mars 1855 qui permet au vendeur, comme à l'acquéreur, de faire transcrire l'acte de mutation d'immeubles.

L'article 3 de la loi du 17 mars 1909 est ainsi conçu :

§ 1. — Toute vente ou cession de fonds de commerce consentie sous conditions ou sous la forme d'un autre contrat, ainsi que toute mise en société ou toute attribution de fonds de commerce, par partage ou licitation, sera, dans la quinzaine de sa date, publiée à la diligence de l'acquéreur, sous forme d'extrait ou d'avis, dans un journal d'annonces légales du ressort du tribunal de commerce où se trouve le fonds, ou à défaut dans un journal de l'arrondissement.

§ 2. — L'extrait ou avis contiendra la date de l'acte, les noms, prénoms et domiciles de l'ancien et du nouveau propriétaire, la nature et le siège du fonds, l'indication du délai ci-après fixé pour les oppositions, et une élection de domicile dans le ressort du tribunal.

§ 3. — La publication sera renouvelée du huitième au quinzième jour après la première insertion.

§ 4. — Dans les dix jours au plus tard après la seconde insertion, tout créancier du précédent propriétaire, que sa créance soit ou non exigible, pourra former opposition au paiement du prix, par simple acte extra-judiciaire, au domicile élu ; l'opposition énoncera le chiffre et les causes de la créance, à peine de nullité. Aucun transport amiable ou judiciaire du prix, ou de partie du prix, ne sera opposable aux créanciers qui se seront ainsi fait connaître dans ce délai.

§ 5. — L'acquéreur qui, sans avoir fait les publications, ou, avant l'expiration du délai de dix jours, aura payé son vendeur, ne sera pas libéré à l'égard des tiers.

On voit immédiatement l'avantage de la situation conférée aux créanciers par la loi nouvelle, et il est très facile de se rendre compte des progrès accomplis à cet égard par l'évolution législative.

Avant 1898, la jurisprudence, considérant le fonds de commerce comme une universalité juridique, acceptait comme réguliers des nantissements de fonds, à la condition que signification du contrat de gage ait été faite au propriétaire de l'immeuble, avec remise du bail et du titre de l'acquisition de l'établissement entre les mains des créanciers.

Aucune précaution n'était prise pour informer les autres intéressés de la sûreté ainsi constituée en faveur de l'un d'eux.

Pour remédier au danger que ces constitutions de nantissement secrètes causaient aux relations commerciales, la loi du 1^{er} mars 1898 se borna à prescrire une publicité de nantissement des fonds de commerce, par inscription sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds était exploité (alinéa nouveau de l'art. 2075, C. civ.).

Mais, en raison même de son laconisme, cette loi nouvelle ne posait qu'un principe certain, la validité des nantissements qu'elle prévoyait; elle ne s'inquiétait nullement de l'intérêt des créanciers chirographaires du débiteur.

Ainsi incomplète, la loi, peut-on dire, présentait plus d'inconvénients que d'avantages vis-à-vis de ces derniers créanciers.

Dans la plupart des ventes de fonds de commerce, le cédant stipulait un nantissement pour garantir le paiement du prix qui lui est dû, et se créer par là même un privilège.

Comme le fonds de commerce et les marchandises restaient en la possession de l'acquéreur, les tiers manifestaient leur confiance en celui-ci en lui livrant notamment à crédit des marchandises ; mais lorsque survenait la faillite de l'acheteur, le vendeur faisait valoir son nantissement en invoquant le privilège qui en découlait et absorbait presque entièrement tout l'actif au détriment des créanciers chirographaires du débiteur.

Les droits de ces créanciers chirographaires compromis par un nantissement la plupart du temps ignoré d'eux, ne l'étaient pas moins au cas de cession de l'établissement commercial.

La vente n'était en effet accompagnée d'aucune publicité légale. Cette lacune de la loi n'était comblée que d'une manière très insuffisante, par l'usage, signalé plus haut, pratiqué dans certaines villes commerciales, et d'après lequel tout acquéreur d'un fonds de commerce devait publier son acquisition dans un journal d'annonces légales et sursoir pendant un certain délai (10 jours en général), au paiement de son prix, afin de permettre aux créanciers du vendeur de faire opposition entre ses mains.

Mais, comme cette pratique n'était nullement consacrée

par la loi, elle n'offrait pas la même sécurité aux créanciers chirographaires, qu'une procédure nettement organisée et imposée par un texte législatif.

Du reste, certaines divergences se manifestaient dans les villes où cet usage de publicité existait, sur les moyens de faire une opposition valable ou du moins considérée comme telle.

La publicité prescrite par la loi du 17 mars 1909 est donc capitale et a la plus grande importance.

Cette importance est soulignée dans le rapport présenté au Sénat, sur la proposition de loi, le 21 mars 1905, par M. le sénateur Cordelet (*J. off.*, 1905, annexe 73) :

« C'est en vue de sauvegarder les intérêts des créanciers chirographaires, déclare M. Cordelet, que l'article 3 prescrit la publication des mutations de fonds de commerce, dans un journal d'annonces légales.

« Cette publicité est, au regard de l'acquéreur, la formalité essentielle pour opérer à son profit, en cas de paiement de son prix à son vendeur, une libération définitive... »

L'acquéreur qui croira pouvoir se dispenser de cette publication, le fera à ses risques et périls.

Tous les paiements qu'il effectuera entre les mains de son vendeur ne le libéreront pas entre les mains des créanciers de celui-ci.

L'acquéreur ne pourra donc pas, sans une imprudence très grave, se dispenser de la publication que s'il a la certitude que le vendeur n'a pas de créancier, ou s'il a une confiance absolue dans sa solvabilité.

L'article 3 de la loi du 17 mars 1909 impose à l'acquéreur de faire publier, dans les formes qu'elle indique, son acte d'acquisition dans la quinzaine de la date de cet acte ; il arrivera, la plupart du temps, que l'acquéreur satisfera aux prescriptions de la loi, dans le délai et dans les formes prévus par elle, car il a un intérêt primordial à payer régulièrement son prix et à faire courir les délais de la surenchère du sixième qui peut être mise par tout créancier chirographaire, ainsi qu'on le verra ci-après, mais il se peut aussi qu'il ne fasse pas cette publication dans les délais fixés par la loi, et qu'il refuse même de la faire.

Quels seront les droits de poursuites des créanciers chirographaires pour arriver à leur paiement ?

Telle est la question qu'il convient d'examiner.

Si l'acte de vente du fonds de commerce est enregistré, les créanciers du vendeur ne pourront pas faire pratiquer une saisie-exécution sur le matériel et les marchandises qui ont fait l'objet de la vente.

La loi du 17 mars 1909 a conféré aux créanciers du vendeur du fonds de commerce un droit presque réel sur le prix de la vente, mais nulle part elle n'indique que ces créanciers devront considérer comme nulle et non avenue, l'aliénation qui a été consentie par leur débiteur.

Du moment que le fonds de commerce, y compris matériel et marchandises, sont sortis du patrimoine du vendeur, les créanciers de celui-ci ne peuvent plus faire procéder à une saisie-exécution sur les objets saisissables faisant partie du fonds vendu.

La procédure de saisie-arrêt pourrait peut-être produire un effet salulaire, parce qu'elle obligerait indirectement l'acquéreur à remplir les formalités de publicité prescrites par la loi, et d'autre part l'obliger de payer son prix entre les mains du créancier saisissant.

Le créancier saisissant devient en effet attributaire de la somme saisie dès que le jugement de validité a acquis l'autorité de la chose jugée ; le créancier saisissant peut en outre obliger le tiers saisi à consigner, si la somme saisie-arrêtée a fait l'objet de plusieurs saisies-arrêts, de telle sorte qu'il ne peut pas payer un créancier saisissant plutôt qu'un autre.

L'article 657 du Code de procédure civile oblige en effet les détenteurs de sommes saisies à les consigner si elles sont insuffisantes à désintéresser les créanciers saisissants ou si une répartition amiable n'est pas intervenue.

Dès que l'acquéreur du fonds de commerce se verra dans l'obligation soit de payer, soit de consigner son prix saisi-arrêté, il se trouvera par le fait même dans la nécessité impérieuse de faire remplir les formalités de publicité prescrites par l'article 3 de la loi du 17 mars 1909, s'il veut être libéré complètement et définitivement de son prix d'acquisition par suite de la consignation.

A ce propos, nous pensons que le délai de quinze jours indiqué par la loi pour la publicité des cessions de fonds de commerce n'est pas un délai comminatoire, c'est plutôt un délai d'ordre ; et qu'après l'expiration de ce délai, l'acquéreur n'est pas déchu du droit de faire la publication de la mutation de son fonds de commerce.

Toutes les fois que la loi du 17 mars 1909 a imposé un délai pour une formalité qui doit être faite dans ce délai, à peine de nullité, elle l'a nettement indiqué, notamment dans l'article 2, qui prescrit au vendeur d'un fonds de commerce de prendre son inscription de privilège dans la quinzaine de la date de la vente, à peine de nullité, et dans l'article 11 qui édicte que l'inscription d'un créancier en suite d'un nantissement devra être prise à peine de nullité, dans la quinzaine de l'acte constitutif.

L'acquéreur d'un fonds de commerce dont le prix a été saisi en vertu d'une saisie-arrêt de droit commun, comme aussi un acquéreur de fonds de commerce qui aurait laissé passer les délais pour faire publier son acte d'acquisition, pourront faire remplir les formalités de publicité valablement après l'expiration des délais prescrits par la loi, et alors la procédure de distribution de leurs prix d'acquisition suivra son cours, comme si leurs actes avaient été publiés dans la quinzaine de leurs dates.

L'acquéreur, dont le prix a été saisi et arrêté, et qui serait mis en demeure de consigner pourrait même, selon nous, obtenir du tribunal un délai pour lui permettre de faire remplir les formalités de publicité de son prix d'acquisition, et de ne consigner son prix qu'après que les délais de surenchère sur son fonds de commerce seraient expirés.

Enfin, on pourrait également remplir une autre formalité pour contraindre l'acquéreur à payer son prix d'acquisition du fonds de commerce ou à le consigner.

Nous avons admis que le vendeur pouvait faire remplir lui-même les formalités de publication de l'acte de vente de son fonds de commerce, à défaut par l'acquéreur de le faire.

Ce droit du vendeur est un droit patrimonial, sans aucun doute, et ses créanciers peuvent le faire valoir et l'exercer en son lieu et place, en conformité de l'article 1166 du Code civil, s'il ne voulait pas l'exercer lui-même.

Les créanciers du vendeur pourraient même faire remplir ces formalités de publicité en son lieu et place, sans recourir à une subrogation judiciaire dans ce droit ; la jurisprudence la plus récente décide en effet qu'il n'est pas besoin d'obtenir une décision de justice pour permettre aux créanciers d'exercer les droits et actions de leur débiteur en vertu de l'article 1166 du Code civil.

Une fois que les délais de surenchère seront expirés ensuite de la publication de l'acte de fonds de commerce ainsi faite, les créanciers pourront faire sommation à l'acquéreur de consigner dans la quinzaine, la portion exigible de son prix, et le surplus au fur et à mesure de l'exigibilité, pour ensuite être payés de leurs créances sur les sommes consignées, le tout en conformité de l'article 6 de la loi du 17 mars 1909.

Et si, après cette sommation, l'acquéreur ne s'exécute pas, ils pourront ensuite l'assigner devant le tribunal de commerce pour l'y contraindre.

Les créanciers du vendeur d'un fonds de commerce au-

raient encore une autre ressource pour faire payer l'acquéreur, mais qu'ils ne devraient employer que si leur intérêt le leur commandait impérieusement.

Ce serait celle de faire déclarer leur débiteur, qui est le vendeur du fonds de commerce, en faillite.

La loi du 17 mars 1909 a donné aux créanciers d'un commerçant des facilités pour pouvoir être payés avec le prix du fonds de commerce en cas de vente.

Mais elle n'a pas restreint leurs droits tels qu'ils résultaient de la législation antérieure.

Ils pourront donc, comme par le passé, faire déclarer leur débiteur commerçant en faillite, le syndic sera alors chargé, en suivant les voies ordinaires, de faire payer à l'acquéreur le prix de son fonds de commerce qui constitue un actif de la faillite, et de le distribuer ensuite aux créanciers.

Si l'article 3 de la loi du 17 mars 1909 prescrit aux acquéreurs de remplir certaines formalités de publicité pour permettre aux créanciers des vendeurs de fonds de commerce de se faire connaître, il oblige également ces derniers créanciers à former opposition pour le montant de leurs créances, par acte extra-judiciaire, et dans un délai de dix jours à partir de la seconde insertion.

Il arrivera très souvent que les créanciers du vendeur de fonds de commerce ne connaîtront pas et la vente du fonds et les publications qui en ont été faites ; ils sont parfois domiciliés dans une ville très éloignée de celle qu'habitait leur débiteur, et ils ne lisent pas les journaux

de cette dernière localité ; dès lors, il leur sera matériellement impossible de former une opposition régulière dans le délai, du reste relativement court, fixé par la loi.

Dans ce dernier cas, auront-ils perdu tous droits au prix du fonds de commerce vendu par leur débiteur ?

Pour répondre à cette question, il y a lieu d'examiner l'hypothèse où le prix du fonds de commerce a été payé au vendeur ou aux créanciers ayant formé opposition, après les publications faites et dans les délais légaux, et celle où le prix du fonds de commerce est encore réduit en tout ou en partie par l'acquéreur.

Dans la première hypothèse, le créancier du vendeur du fonds de commerce n'a plus aucun droit sur le prix du fonds, l'acquéreur l'ayant payé régulièrement aux ayants droit et après avoir accompli toutes les formalités prescrites par la loi.

Toutefois, nous estimons que si ce paiement avait eu lieu en suite d'un concert frauduleux entre l'acquéreur d'une part et le vendeur d'autre part, les tribunaux pourraient annuler le paiement ainsi fait, en conformité de l'article 1167 du Code civil.

Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire au cas où le prix du fonds de commerce serait encore réduit et non distribué entre les créanciers ayant formé une opposition régulière dans les délais légaux, nous pensons que le créancier qui n'a pas fait signifier, par acte extra-judiciaire, une opposition dans le délai de dix jours, à partir de la dernière publication, pourra toujours rendre le prix réduit indis-

ponible, en faisant pratiquer une saisie-arrêt de droit commun et régulière entre les mains de l'acquéreur ou de son dépositaire, et en outre venir participer à la distribution du prix, au marc le franc avec les autres créanciers chirographaires ayant formé opposition dans les termes et les délais de l'article 3 de la loi du 17 mars 1909.

Cette manière de voir ne saurait être contestée lorsque la somme à distribuer est suffisante pour désintéresser intégralement tous les créanciers, tout aussi bien ceux qui ont formé une opposition régulière, que ceux qui ont eu recours à la procédure de saisie-arrêt parce qu'ils avaient laissé passer les délais fixés par la loi.

On se trouve alors dans le droit commun, et le débiteur ne peut pas se plaindre de la distribution du prix de sa vente de fonds de commerce ainsi faite, tout au plus pourrait-il soutenir que les frais de procédure des saisies-arrêts devraient rester à la charge des créanciers qui les ont faites, comme étant des frais frustratoires, mais encore nous pensons que cette prétention ne serait pas fondée, surtout s'il était démontré que les créanciers n'ont pas eu connaissance des publications faites.

Il en serait peut-être autrement si le vendeur du fonds de commerce pouvait établir que les créanciers saisissants ont employé sciemment et de mauvaise foi la procédure de saisie-arrêt, beaucoup plus coûteuse que les frais d'une simple opposition, pour lui nuire.

La question devient beaucoup plus délicate si, comme dans la seconde hypothèse, on est obligé de concilier avec

le droit de surenchère, prévu par l'article 5 de la loi du 17 mars 1909, la répartition au marc le franc du prix du fonds de commerce, entre les créanciers ayant formé opposition régulièrement dans les délais légaux, avec ceux qui ont fait une saisie-arrêt équivalant à une opposition posthume.

Pour bien comprendre l'intérêt de la question, il est nécessaire de dire que les créanciers ayant formé opposition dans les formes et délais prévus par l'article 3 de la loi du 17 mars 1909, peuvent seuls mettre la surenchère prévue par l'article 5 de la même loi, à la condition toutefois que le prix de la vente du fonds de commerce soit insuffisant pour les désintéresser entièrement.

Il pourra arriver parfois que le prix de la vente du fonds de commerce soit suffisant pour payer le montant des oppositions régulièrement faites, et que par suite les créanciers opposants ne puissent pas et n'aient même pas intérêt à mettre une surenchère, mais qu'il survienne, après l'expiration des délais des saisies-arrests, aussitôt apparaîtrait leur intérêt.

Quelque regrettable que soit la législation dans l'occurrence, nous ne pensons pas que les créanciers régulièrement opposants puissent mettre, malgré la nouvelle situation ainsi créée, une surenchère après l'expiration des délais prévus par l'article 5 et qu'ils puissent même s'opposer au partage au marc le franc du prix du fonds de commerce avec les créanciers nouvellement révélés ayant fait pratiquer une saisie-arrêt tardive.

Les vingt jours qui suivent la seconde insertion de l'acte de vente du fonds de commerce étant expirés, l'acquéreur de ce fonds en devient propriétaire incommutable, il n'y a plus de surenchère possible autre que celle du dixième au profit des créanciers inscrits prévue par l'article 23 de la loi du 17 mars 1909.

La même loi, d'autre part, si elle a donné des droits nouveaux et des facilités nouvelles aux créanciers des vendeurs de fonds de commerce pour faciliter le recouvrement de leurs créances et faire valoir leurs droits sur le prix des fonds vendus, n'a pas entendu faire disparaître les droits de ces créanciers et de ceux en général de tous les créanciers chirographaires, qu'ils tenaient de la législation antérieure, elle n'a prononcé aucune déchéance de ces droits.

L'opinion de M. Cordelet, rapporteur au Sénat de la loi du 17 mars 1909, s'est du reste manifestée dans le sens que nous venons d'indiquer, lorsque dans la séance du 23 mai 1907 (*J. off.*, p. 649), répondant à une objection semblable à celle que nous venons d'indiquer qui lui été faite par M. le sénateur Legrand, il disait :

« S'il survient des créanciers opposants après le délai de dix jours, on n'en tiendra pas compte pour donner ouverture au droit de surenchère. Non, ces créances postérieures, on n'en tiendra pas compte. Que voulez-vous ? Il sera regrettable qu'on n'en tienne pas compte, parce que ces créanciers postérieurs s'ajouteront à ceux qui se sont déjà révélés et élèveront le passif du vendeur à un chiffre bien supérieur au prix de la vente. Mais enfin,

nous limitons le plus possible le droit de surenchère ; nous voulons en rendre l'exercice non pas impossible, mais très difficile, et nous comptons surtout sur l'effet préventif et salulaire qu'il produira. »

La loi du 17 mars 1909, comme on vient de le voir, a reconnu un droit aux créanciers chirographaires sur le prix de la vente du fonds de commerce faite par leur débiteur.

Elle ne s'en est pas tenue là. Elle a fortifié ce droit en l'armant d'un véritable droit de suite qu'elle a en outre consolidé, comme complément à la publicité, par une surenchère possible, qui permet aux créanciers chirographaires d'intervenir dans la procédure de purge dont leur droit de suite serait l'objet.

Il n'y a pas lieu d'ailleurs de trouver surprenant qu'un droit de suite ait été constitué, par le législateur de 1909, au profit des créanciers chirographaires, sur le fonds de commerce ; l'article 190, alinéa 2 du Code de commerce, en conférait déjà un sur le navire, droit qui ne s'éteignait que par un voyage en mer fait après la vente du navire et sous certaines conditions de publicité (art. 195, *in fine*, C. com.).

Par le voyage en mer, les créanciers étaient mis en demeure de se faire connaître au moyen d'une opposition.

La publication de la vente du fonds de commerce dans les journaux tient, pour le fonds de commerce, la place du voyage en mer.

Il est à noter en outre que le vendeur du navire, pour

le droit de suite attribué à son privilège, n'était nullement préféré aux créanciers chirographaires, tous étaient mis sur la même ligne.

Quelle peut donc être la nature juridique du droit de suite conféré aux créanciers sur le prix de vente du fonds de commerce par la loi du 17 mars 1909 ?

Le laconisme de cette loi, tant dans son texte que dans les travaux préparatoires, nous oblige à nous référer au droit maritime où pareille question s'était déjà posée à propos d'un conflit possible entre les créanciers du vendeur d'un navire et ceux de l'acquéreur.

Dans une première opinion, les créanciers du vendeur devaient venir en concours avec les créanciers chirographaires de l'acquéreur, on décidait alors que, nonobstant la vente du navire, celui-ci restait affecté aux dettes du vendeur et que l'article 190 du Code de commerce avait voulu dire seulement que le droit de gage général qu'un créancier a sur les biens de son débiteur, et qui, de droit commun, cessé d'exister quand le bien sort du patrimoine du débiteur, subsistait malgré l'aliénation opérée. Le droit de suite ainsi attribué aux créanciers chirographaires du vendeur sur le navire par l'article 190 du Code de commerce, n'aurait donc pas présenté le caractère d'un droit réel, car tout droit réel comporte deux attributs, un droit de préférence et un droit de suite.

D'autres auteurs décidaient, en ce qui concerne la nature juridique du droit conféré aux créanciers chirographaires sur le prix de vente d'un navire, qu'il avait sa base dans

une action révocatoire ou paulienne que l'article 1167 accorde à tous les créanciers ; mais cette opinion ne peut résister à un examen attentif des textes ; l'action paulienne ne peut exister que lorsque la vente a été faite en fraude des droits des créanciers ; or, l'article 190 est général et ne fait aucune distinction ; cette action existe , qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles ; or le paragraphe 2 de l'article 190 débute par le mot « néanmoins », annonçant qu'il va apporter une exception au principe que les navires sont des meubles ; enfin l'article 196 distingue le droit de suite des créanciers de l'action révocatoire qu'il rappelle exister pour le cas de fraude (*Pandectes françaises*, V° *Navire*, n° 219).

Enfin, d'autres auteurs, et notamment MM. Lyon-Caen et Renault, décident, et c'est cette opinion qui est généralement admise, que le droit conféré aux créanciers par l'article 190 est un véritable droit de suite qui leur permet, tant que ce droit n'a pas été purgé dans les conditions prescrites par l'article 193 du Code de commerce, de saisir le navire entre les mains de l'acquéreur et de le faire vendre dans les formes prescrites par les articles 197 à 215 du Code de commerce, le tiers détenteur se trouvant ainsi tenu envers les créanciers de son auteur des dettes de celui-ci ; mais il n'est tenu que *propter rem*.

Et l'on en a tiré cette conséquence que tant que le droit de suite n'est pas purgé, l'acquéreur ne peut, en contractant, nuire aux créanciers de son vendeur ; cependant une exception doit être apportée à cette règle en ce qui

concerne les privilèges nés du chef de l'acquéreur dans les conditions prescrites par l'article 191 du Code de commerce. Dès lors, d'après cette opinion, il faut décider qu'en dehors des créanciers privilégiés, dont le rang est déterminé par l'article 191, les créanciers chirographaires de l'acheteur ne peuvent pas être admis à concourir avec les créanciers chirographaires du vendeur (Lyon-Caen et Renault, t. VI, p. 450, n^{os} 1479 et 1480) (*Pandectes françaises*, V^o Navire, n^{os} 220 et 221).

Relativement aux fonds de commerce, la loi du 17 mars 1909, plus précise, n'attribue le droit d'opposition qu'aux créanciers chirographaires des vendeurs.

C'est ce qui résulte des expressions employées par le législateur dans le quatrième alinéa de l'article 3 : « Les créanciers chirographaires du vendeur. »

C'était du reste la solution admise par les usages des places de commerce dont M. Thaller a pu dire : « On considérait les créanciers du fonds de commerce comme investis d'un véritable privilège sur ce fonds, quoi qu'ils vinssent au marc le franc, les uns par rapport aux autres. »

Nous venons de voir que la loi du 17 mars 1909, par son analogie avec l'article 190 du Code de commerce, et par les usages établis dans certaines places de commerce, dont elle s'était inspirée, semblait avoir conféré aux créanciers chirographaires un droit de suite sur les fonds de commerce, qui était un véritable droit réel, comportant un droit de préférence sur les créanciers chirographaires de l'acquéreur, mais n'impliquant aucun droit de

préférence aux créanciers du vendeur les uns par rapport aux autres.

Nous allons rechercher maintenant, et dans la suite de cette étude, si dans la loi de 1909, nous ne trouvons pas des dispositions formelles qui viennent corroborer et fortifier la théorie que nous venons de soutenir.

L'article 3 de cette loi édicte que, doivent être publiés, pour permettre aux créanciers d'exercer leurs droits, non seulement les ventes ou cessions de fonds de commerce qui comportent un prix, mais encore toute mise en société et attribution de fonds de commerce par partage ou licitation, opérations pour lesquelles aucun prix n'a été stipulé.

C'est donc le fonds de commerce lui-même qui est grevé, qui est le gage des créanciers chirographaires, et, par voie de conséquence, ces derniers créanciers ont sur lui un droit réel.

Nous avons dit plus haut quelles étaient les poursuites que devaient faire valoir les créanciers chirographaires lorsque le fonds de commerce était aliéné en suite d'une vente ou d'une cession comportant un prix, nous allons examiner maintenant ce qu'il adviendra pour eux, lorsque le fonds fera l'objet d'une attribution par partage ou licitation, au profit d'un tiers héritier ou ayant droit quelconque, et ensuite lorsqu'il aura été mis en société.

Lorsque le fonds de commerce aura été attribué par partage ou licitation au profit d'un héritier du commerçant, cet héritier, à moins d'être bénéficiaire, sera tenu,

même *ultra vires*, de sa part des dettes héréditaires de la succession qui comprendront toutes les dettes du défunt.

Si le défunt possède non seulement son fonds de commerce, mais encore d'autres biens, il pourra arriver que l'héritier, auquel sera échu le fonds de commerce, en suite de partage ou de licitation, soit tenu, pour sa part de dettes héréditaires, d'une part de dettes inférieure à la valeur du fonds de commerce.

D'autre part, le fonds de commerce pourra avoir fait l'objet d'un legs particulier, conjoint à plusieurs personnes qui ne seront pas tenues des dettes du défunt, et qui procéderont ensuite au partage ou à la licitation de ce fonds.

Les créanciers chirographaires pourront-ils réclamer intégralement le montant de leurs créances sur la valeur du fonds de commerce ?

Telle est la question que nous nous proposons d'étudier.

Si nous admettons que les créanciers chirographaires ont un droit réel sur le fonds de commerce, théorie qui est la nôtre, il est évident que ceux-ci pourront demander le paiement de leurs créances jusqu'à concurrence de la valeur du fonds de commerce, sauf à l'attributaire d'exercer à l'encontre de ses cohéritiers une action récursoire pour les dettes qu'il leur aurait payées en plus de sa part.

Dans ce cas, nous estimons que l'attributaire du fonds de commerce devra, lors des publications dans les journaux qu'il fera, en conformité de l'article 3 de la loi du

17 mars 1909, indiquer la valeur du fonds de commerce qu'il se propose de verser aux créanciers qui se seront fait connaître, par une opposition régulière, dans les dix jours à partir de la seconde insertion.

Cette seconde insertion, ainsi du reste que la première, vaudront purge au regard des créanciers chirographaires de leur droit réel sur le fonds de commerce.

Ces créanciers, en effet, s'ils laissent expirer les délais pour surenchérir, ne se trouvent plus avoir qu'un droit sur la somme indiquée par l'attributaire pour la valeur du fonds de commerce, somme qu'il a offerte par l'accomplissement des formalités de publicité aux créanciers opposants.

La théorie que nous venons de soutenir relativement à l'évaluation de la valeur du fonds de commerce dans les insertions prescrites par l'article 3, en cas d'attribution du fonds de commerce par partage ou licitation, a été combattue par certains auteurs qui ont commenté la loi du 17 mars 1909, mais les arguments qu'ils font valoir à l'appui de leur thèse ne nous paraissent pas devoir être adoptés.

En soutenant que l'attribution n'oblige pas le co-partageant qui en bénéficie à verser un prix ou une soulte, MM. Montier et Faucon, à la page 208 de leur ouvrage sur les fonds de commerce, s'expriment ainsi :

« Les autres intéressés sont, en ce cas, remplis de leurs droits par l'attribution d'autres éléments d'actif.

« Nous ne voyons pas bien à quoi peut servir la publication dans cette hypothèse, car il n'y a pas de prix sus-

ceptible d'être frappé d'opposition, et il n'y a pas de surenchère possible, puisqu'il n'y a pas de mutation de propriété et que l'attributaire est censé, par l'effet déclaratif du partage, avoir toujours été attributaire du fonds, et le tenir directement de l'auteur commun (art. 883, C. civ.). La publication aura seulement cet avantage d'éveiller l'attention des créanciers des co-partageants, qui pourront, le cas échéant, attaquer le partage, comme fait en fraude de leurs droits. Encore faudra-t-il pour cela qu'ils aient au préalable formé opposition au partage (art. 882, C. civ.). »

Nous ne voulons pas discuter longuement cette opinion, disons seulement qu'elle considère comme lettre morte, une partie des dispositions de l'article 3 de la loi de 1909 concernant la publicité, en cas d'attribution du fonds par suite de partage ou de licitation, dispositions qui n'ont pas été insérées à la légère dans la loi, et qui doivent certainement avoir leur raison d'être.

L'évaluation que nous nous proposons d'indiquer, pour la valeur du fonds de commerce, dans les insertions pour arriver à la purge des droits réels des créanciers chirographaires, présente une certaine analogie avec l'évaluation qui doit être faite aux créanciers inscrits par le donataire, conformément aux dispositions de l'article 2184 du Code civil, lorsqu'il veut purger, par la notification de contrat, les dettes hypothécaires grevant les biens qui lui ont été donnés.

Pour en terminer sur cette première question relative aux droits de poursuites des créanciers au cas où le fonds

de commerce a fait l'objet d'une attribution par partage ou licitation, nous ajouterons que si l'attributaire ne fait pas remplir les formalités de publicité avec offre de payer la valeur du fonds de commerce, les créanciers pourront toujours l'obliger à remplir ces formalités en le contraignant à verser à la Caisse des consignations, conformément aux dispositions de l'art. 6 de la loi de 1909, une somme représentative de la valeur de son fonds.

Lorsque le fonds de commerce a été mis en société, c'est aux dispositions de l'article 7 de la loi du 17 mars 1909 qu'il faut se reporter pour examiner comment les créanciers peuvent faire valoir leurs droits sur le fonds.

Cet article 7 est ainsi conçu :

« Dans la quinzaine de la publication de l'acte de société contenant apport d'un fonds de commerce, tout créancier non inscrit de l'associé, qui a fait l'apport, fera connaître au greffe du tribunal de commerce où le dépôt a eu lieu, sa qualité de créancier et la somme qui lui est due. Il lui sera délivré par le greffier un récépissé de sa déclaration.

« Si le fonds est apporté dans une société déjà formée, les créanciers non inscrits de l'associé auquel le fonds de commerce appartenait, feront la déclaration au greffe de la situation du fonds, dans la quinzaine de la publication de l'acte constatant l'apport, effectuée en conformité de l'article 3.

« A défaut par les coassociés ou l'un d'eux de former dans la quinzaine suivante une demande en annulation de la société ou de l'apport, ou si l'annulation n'en était pas

prononcée, la société est tenue, solidairement avec le débiteur principal, au paiement du passif dans le délai ci-dessus et justifié. »

Cet article vient affirmer une fois de plus l'existence d'un droit réel conféré aux créanciers chirographaires sur le fonds de commerce de leur débiteur, par la loi du 17 mars 1909.

En cas de vente amiable du fonds, cette loi organise une procédure de purge du droit réel des créanciers chirographaires. Cette procédure consiste en l'accomplissement de deux insertions dans les journaux qui ont pour but de mettre les créanciers en demeure de se faire connaître dans un délai de dix jours à partir de la seconde insertion, d'accepter le prix de la vente dans un second délai de dix jours après l'expiration du précédent ou de surenchérir.

Au contraire, lorsque le fonds de commerce est mis en société, il n'est pas possible de procéder à la purge du droit réel des créanciers chirographaires du co-associé apporteur du fonds.

La société se trouve alors dans l'alternative, ou de délaisser le fonds de commerce qui lui a été apporté, ou bien de payer intégralement tous les créanciers qui se seront révélés par une déclaration faite au greffe dans la quinzaine de la publication de l'acte de société, s'il s'agit d'une société nouvellement constituée, et dans la quinzaine de la publication de l'acte constatant l'apport, faite conformément à l'article 3 de la loi de 1909, s'il s'agit d'une société déjà formée.

Pourquoi la loi nouvelle ne permet-elle pas à la société de purger le fonds de commerce qui lui est apporté, du droit réel des créanciers chirographaires, et l'oblige-t-elle à payer des créances parfois supérieures à sa valeur, si elle veut le conserver ?

Le texte et les travaux préparatoires de la loi sont muets à ce sujet, mais nous pensons que l'on n'a pas voulu innover dans l'espèce, c'est-à-dire purger un fonds de commerce qui n'est pas en réalité vendu, et qui est simplement mis en société par le débiteur, pour être repris par lui à la dissolution de celle-ci.

Du reste, comment les créanciers auraient-ils pu mettre une surenchère dans le cas où la valeur attribuée au fonds n'aurait pas été suffisante pour les désintéresser, la surenchère supposant toujours une aliénation première d'abord et une adjudication définitive ensuite ?

L'apport en société a toujours été, pour un commerçant peu scrupuleux, un moyen de soustraire son actif à ses créanciers.

En effet, si les créanciers inscrits n'ont rien à craindre du procédé ainsi employé par leur débiteur, parce qu'ils peuvent faire saisir et vendre les biens formant leur gage même entre les mains de la société, il n'en est pas de même des créanciers chirographaires qui subissent un dommage résultant de ce que les dettes grevant le fonds ne tombent pas en principe à la charge de la société qui le reçoit à titre d'apport.

L'article 7 a donc été une innovation heureuse, il a fait

disparaître à peu près tous les inconvénients de la législation antérieure.

Aux termes de cet article, tout créancier de l'apporteur non inscrit sur le fonds est invité à se faire connaître au greffe du tribunal de commerce où le dépôt de l'acte de société a eu lieu et d'indiquer le montant de sa créance.

Les co-associés de l'auteur de l'apport seront ainsi informés du passif qui grève le fonds mis en société, au cas où l'auteur de l'apport ne les aurait pas mis déjà au courant. Ils sauront en outre, puisqu'il y a une forclusion pour les créanciers qui n'auraient pas fait de déclaration dans les délais déterminés par la loi, quels sont les créanciers qui entendent être payés avec le fonds de commerce et quels sont ceux qui consentiront à se contenter de la solvabilité de leur débiteur sur ses autres biens.

Si le passif ainsi réclamé sur le fonds de commerce, c'est-à-dire à la société, paraît exagéré eu égard à la valeur du fonds, chacun des co-associés pourra demander la dissolution de la société.

Dans ce cas le fonds redeviendra la propriété de l'auteur de l'apport et les créanciers, retrouvant leur gage, pourront exercer les poursuites qu'ils jugeront utiles.

Si la société est maintenue, elle sera tenue solidairement avec le débiteur du passif qui aura été déclaré au greffe, mais seulement de ce passif.

Il pourra arriver que l'acte de société stipule la prise en charge par la société de tout le passif commercial de l'apporteur du fonds de commerce ; dans ce cas, les créanciers

commerciaux de l'apporteur auront le droit de poursuivre la société même s'ils n'ont pas rempli les formalités prescrites par l'article 7.

Naturellement, la société pourra discuter toutes les dettes qui sont mises à sa charge, demander toutes justifications, profiter des délais accordés pour le paiement et même ne payer les dettes conditionnelles qu'après l'arrivée de la condition.

Le législateur, du reste, ne s'est pas préoccupé seulement des créanciers chirographaires de l'apporteur, il a voulu mettre encore la société en garde contre l'inconvénient d'un passif trop lourd grevant la mise de l'un de ses membres.

Etant donné, en effet, comme on vient de le voir, que les créanciers chirographaires possèdent un droit de suite sur le fonds de commerce de leur débiteur, il importait que la société connût exactement, voire même avant son fonctionnement normal, quelle était exactement l'importance du passif à acquitter, de façon à ce qu'elle ne fût pas exposée au danger de voir ses créanciers saisir le fonds de commerce et entraver de cette manière la marche régulière des affaires.

En obligeant ainsi les créanciers chirographaires à se révéler dans un bref délai aux associés, le législateur permet à ceux-ci de demander la dissolution de la société.

A défaut de déclaration, les créanciers chirographaires de l'apporteur seront considérés comme ayant renoncé à exercer leur droit de suite sur le fonds ; ils ne possède-

ront plus désormais que le droit de gage général des articles 2092 et 2093 du Code civil, mais ce droit ne s'exercera avec facilité pour eux, que sur les autres biens du débiteur.

A raison de la personnalité morale de la société, distincte de chacun des membres qui la composent, tout au moins dans la plupart des cas, celle-ci n'aura plus rien à redouter pendant sa durée de la part des créanciers de l'un des co-associés, et elle pourra fonctionner régulièrement.

Il va sans dire qu'une société commerciale n'existant à l'égard des tiers que par sa publicité, les créanciers chirographaires de l'apporteur n'auront pas à se préoccuper de la mise d'un fonds de commerce dans une société qui, à défaut de publicité, n'existerait pas à leur égard.

Pour arriver au recouvrement de leurs créances, les créanciers, si la société ne veut pas s'exécuter à l'amiable, pourront s'adresser au tribunal de commerce pour obtenir un titre exécutoire.

La société est en effet toujours commerciale puisqu'elle a pour objet l'exploitation d'un fonds de commerce.

Cependant, les créanciers civils pourront aussi s'adresser aux tribunaux civils pour obtenir satisfaction par suite de l'option qu'ils ont d'assigner, soit devant la juridiction commerciale, soit devant la juridiction civile.

Nous estimons, pour terminer cette question des droits des créanciers en cas de mise en société du fonds de commerce de leur débiteur, que les délais imposés par

l'article 7 de la loi nouvelle sont prescrits, à peine de déchéance, tout aussi bien au regard de la société qu'au regard des créanciers.

En ce qui concerne ces derniers, il ne peut exister aucun doute, s'ils ne font pas leurs déclarations au greffe dans les délais, ils perdent tous droits sur le fonds de commerce de leur débiteur et tout recours contre la société.

A ce propos, nous dirons que l'article 7 de la loi du 17 mars 1909, étant exorbitant du droit commun, doit être entendu restrictivement. Dès lors, le délai de quinzaine qu'il prescrit pour faire la déclaration au greffe est un délai franc, c'est-à-dire ne doit pas être augmenté en raison des distances et même repoussé au lendemain lorsque le dernier jour est férié.

C'est ce qu'a décidé le tribunal de commerce de la Seine par un jugement du 7 janvier 1910, rapporté dans la *Gazette des Tribunaux* dans le numéro du 10 avril 1910.

La société déjà constituée qui ne ferait pas, dans les délais prescrits par l'article 3 de la loi du 17 mars 1909, la publication de l'acte d'apport du fonds de commerce aurait quand même intérêt à faire une publication tardive.

Cette publication servirait à déterminer les créanciers qui désireraient se faire payer par elle.

Elle ne serait tenue en effet seulement de payer que les créanciers qui auraient fait leur déclaration au greffe dans la quinzaine de la publication, mais serait affranchie de payer les autres qui se seraient révélés passé ce délai.

Chaque co-associé ne pourrait plus demander la nullité de l'apport.

S'il s'agit d'une société nouvellement constituée, il n'y a pas lieu d'envisager de délai pour la publication dans les journaux.

Cette société, en effet, si elle n'est pas publiée dans le délai d'un mois à partir de sa constitution, est frappée de nullité aux termes de l'article 56 de la loi du 24 juillet 1867.

Le fonds de commerce restant alors dans le patrimoine du débiteur commerçant, il sera facile aux créanciers de faire valoir leurs droits sur le fonds par les voies ordinaires.

§ 2. — De l'opposition et de la surenchère du sixième.

La réglementation du droit d'opposition est contenue dans les articles 3 et 4 de la loi du 17 mars 1909.

Le paragraphe 4 de l'article 3 décide que « dans les dix jours au plus tard qui suivent la seconde insertion, tout créancier du précédent propriétaire, que sa créance soit ou non exigible, pourra former au domicile élu ; par simple acte extra-judiciaire, opposition au paiement du prix ; l'opposition énoncera le chiffre et les causes de la créance à peine de nullité ».

Il résulte clairement de ce texte que l'opposition dont il s'agit peut être formée par tous les créanciers des vendeurs, que leurs créances soient exigibles ou non.

Mais si parmi ces créanciers, il y en a qui n'ont point de titre, ceux-ci devront-ils, pour former opposition, requérir

une ordonnance du juge, conformément aux dispositions de l'article 558 du Code de procédure civile ?

Nous ne le pensons pas.

Les dispositions de la loi nouvelle nous paraissent formelles à cet égard. Du moment que le législateur a indiqué qu'une simple opposition suffit, à condition qu'elle énonce le chiffre et les causes de la créance, il a entendu, par là même, organiser une procédure différente et plus simple comme moins coûteuse que celle de la saisie-arrêt.

Il a, sans doute, été inspiré en cela par les dispositions de l'article 609 du Code de procédure civile, qui, aux termes d'une jurisprudence et d'une doctrine constantes, n'exige ni titre, ni permission du juge pour faire pratiquer une opposition sur les deniers provenant d'une vente aux enchères de meubles.

Nous avons été très étonné qu'une décision contraire à la théorie que nous venons de préconiser, ait été rendue par le juge des référés du tribunal de la Seine à la date du 21 décembre 1909 (*La Loi*, 13 janvier 1910).

Bien que cette décision émane de la haute autorité de M. Ditte, président du tribunal de la Seine, et qu'elle n'ait pas été, paraît-il, frappée d'appel, nous n'hésitons pas à combattre le principe qu'elle contient.

Les règles de la saisie-arrêt, avons-nous dit, ne doivent pas être appliquées en matière d'opposition au prix de vente d'un fonds de commerce.

S'il en était autrement, il faudrait non seulement que les créanciers qui n'ont point de titre, obtiennent du juge

une ordonnance leur permettant de pratiquer une saisie-arrêt, mais il faudrait encore, conformément aux dispositions de l'article 563 du Code de procédure civile, que les saisies-arrêts soient dénoncées au vendeur du fonds dans la huitaine, avec assignation en validité.

On voit d'ici quels seraient les frais qui seraient ainsi occasionnés, surtout s'il existait de nombreux créanciers. Evidemment, le législateur n'a pas voulu imposer une pareille procédure.

Nous avons vu que les créanciers chirographaires étaient investis d'un droit de suite sur le prix du fonds de commerce de leur débiteur, ils auront dès lors la faculté de s'arrêter à l'un ou à l'autre des partis suivants :

Ou bien ils ne formeront pas opposition, ce qui implique de leur part renonciation à leur droit de suite ; ils laisseront échapper le droit qu'ils avaient de se faire payer en tout ou en partie sur le fonds de commerce qui formait leur gage. Il en sera ainsi, d'abord si leur confiance dans le vendeur les incite à suivre sa foi, ou si, étant données les inscriptions qui grèvent le fonds de commerce, et qui doivent être payées avant eux, ils constatent qu'aucune partie du prix ne pourra leur être attribuée.

Si, au contraire, les créanciers chirographaires ont formé opposition, ils auront à examiner si le prix de la vente du fonds de commerce est suffisamment élevé et correspond bien à sa valeur vénale.

Dans le cas de l'affirmative, si le prix est suffisant pour désintéresser à la fois les créanciers inscrits et les créan-

ciers chirographaires, le droit de suite de ces derniers sera transformé en un droit sur le prix, non pas exclusif, car nous avons vu plus haut que les créanciers qui n'auraient pas formé opposition et qui ne se seraient pas par suite révélés dans les délais fixés par l'article 3 et qui seraient forclos au point de vue de la surenchère, auraient encore le droit de participer à la distribution du prix du fonds de commerce à condition de former une saisie-arrêt dans ce cas où le prix serait encore dû.

Mais les créanciers opposants dans les délais légaux ont encore le droit de former une surenchère si le prix de la vente est insuffisant pour désintéresser les créanciers régulièrement opposants.

Cette surenchère est prévue par l'article 5 de la loi du 17 mars 1909, ainsi conçu :

« Pendant les vingt jours qui suivent la seconde insertion, une expédition ou l'un des originaux de l'acte de vente est tenu, au domicile élu, à la disposition de tout créancier opposant ou inscrit pour être consulté sans déplacement. »

« Pendant le même délai, tout créancier inscrit ou qui a formé opposition dans le délai de dix jours fixé par l'article 3, peut prendre, au domicile élu, communication de l'acte de vente et des oppositions, et, si le prix n'est pas suffisant pour désintéresser les créanciers inscrits et ceux qui se seront révélés par des oppositions au plus tard dans les dix jours qui suivent la seconde insertion, former, en se conformant aux prescriptions de l'article 23, une suren-

chère du sixième du prix principal du fonds de commerce, non compris le matériel et les marchandises.

« La surenchère du sixième n'est pas admise après la vente judiciaire d'un fonds ou de la vente poursuivie à la requête du syndic de la faillite, de liquidateurs ou d'administrateurs judiciaires ou de copropriétaires indivis du fonds, faite aux enchères publiques, conformément à l'article 17.

« L'officier public commis pour procéder à la vente devra n'admettre à enchérir que des personnes dont la solvabilité lui sera connue, ou qui auront déposé, soit entre ses mains, soit à la Caisse des dépôts et consignations, avec affectation spéciale au paiement du prix, une somme qui ne pourra être inférieure à la moitié totale de la première vente, ni à la portion du prix de ladite vente stipulée payable comptant, augmentée de la surenchère.

« L'adjudication sur surenchère du sixième aura lieu aux mêmes conditions et délais que la vente sur laquelle la surenchère est intervenue.

« Si l'acquéreur surenchéri est dépossédé par suite de la surenchère, il devra, sous sa responsabilité, remettre les oppositions formées entre ses mains à l'adjudicataire, sur récépissé dans la huitaine de l'adjudication ; s'il ne les a pas fait connaître antérieurement par mention insérée au cahier des charges, l'effet de ces oppositions sera rapporté sur le prix de l'adjudication. »

Le droit conféré aux créanciers chirographaires de mettre une surenchère sur le fonds de commerce vendu amia-

blement par leur débiteur est une des innovations les plus importantes faites par le législateur de 1909, on peut même dire qu'il est le couronnement du droit réel qu'il a conféré par cette loi aux créanciers chirographaires.

Dans son rapport du 25 janvier 1907, M. le sénateur Cordelet indique nettement les raisons qui ont guidé le législateur à faire cette innovation considérable.

« Les auteurs, dit-il, qui traitent de la vente du fonds de commerce signalent la fréquence d'une fraude qui consiste à dissimuler une partie du prix, le surplus étant payé comptant. Ils signalent en même temps l'insuffisance de la législation actuelle pour protéger les intérêts des créanciers du vendeur. Le créancier qui veut exercer l'action paulienne (art. 1167, C. civ.) doit prouver la collusion frauduleuse de l'acheteur et du vendeur ; il s'expose à un résultat bien incertain, à des lenteurs et des frais considérables. Si la vente se place entre la cessation de paiement et le jugement déclaratif de faillite du vendeur, ces créanciers peuvent en poursuivre l'annulation, mais à charge de prouver que l'acquéreur, en traitant, avait connaissance de la cessation des paiements (art. 447, C. comm.).

« Le seul remède efficace et pratique contre cette fraude, c'est un droit de surenchère accordé aux créanciers du vendeur. »

Cette innovation qui consiste à permettre aux créanciers chirographaires de mettre une surenchère sur un fonds de commerce, c'est-à-dire en matière mobilière, a vivement été combattue par M. le sénateur Legrand qui acceptait

d'ailleurs la surenchère accordée aux créanciers inscrits sur le fonds.

Il soutenait notamment que l'acquéreur pouvait ignorer, lorsqu'il traitait, qu'il existât des dettes supérieures au prix de la vente rendant possible la surenchère, — et en outre, qu'en autorisant des créanciers même sans titres à former opposition dans les termes de l'article 3, il était possible de mettre une surenchère sur le fonds de commerce — vendu, alors que le prix de la vente pouvait être suffisant pour payer les dettes réelles dues, si on éliminait celles non dues et pour lesquelles on avait formé opposition.

A ces objections, le rapporteur s'est borné à répondre qu'avant tout, il importait de mettre fin aux fraudes journellement constatées en matière de ventes de fonds de commerce, et il ajoutait qu'il considérait que le droit de surenchère tel qu'il était organisé n'offrait aucun danger, qu'il serait très rarement exercé et qu'il aurait surtout un effet préventif.

Le but de la surenchère est donc de protéger les créanciers chirographaires du vendeur contre une fraude consistant à dissimuler une partie du prix, c'est l'idée maîtresse de la loi.

C'était déjà à cette conclusion qu'était arrivé M. Gervais dans la proposition de loi déposée par lui à la Chambre des députés le 24 mars 1902.

Les chambres de commerce avaient également signalé l'insuffisance de la législation antérieure sur ce point.

D'après une délibération de la chambre de commerce

de Paris du 2 mars 1904, il était nécessaire que, en cas de vente par un propriétaire d'un fonds de commerce donné en nantissement, le créancier nanti pût exiger la mise en vente aux enchères dudit fonds, si le prix de la vente amiable était insuffisant pour le désintéresser.

La chambre syndicale des grains et farines de Paris avait formulé un vœu analogue dans sa délibération du 26 septembre 1905.

Le droit de surenchère des créanciers chirographaires ayant uniquement pour objet de leur assurer le paiement intégral de ce qui leur est dû, ne saurait être exercé que par eux.

Dès lors, si une fois leur créance couverte, le prix stipulé paraît cependant inférieur à la valeur vénale du fonds, l'administration de l'Enregistrement aurait seule qualité, en vertu des articles 12 et 13 de la loi du 23 août 1871, pour réprimer la fraude qui menacerait les intérêts du fisc.

Il est intéressant de remarquer ici que la purge des droits réels des créanciers chirographaires sur les fonds de commerce diffère complètement de la purge des hypothèques du droit commun :

1° De droit commun, il appartient à l'acquéreur d'entamer ou non la procédure de purge en notifiant ou en ne notifiant pas son contrat conformément aux dispositions des articles 2183 et suivants du Code civil.

Ici, au contraire, la procédure de purge des créances chirographaires est forcée pour l'acheteur. Il est obligé

de publier son contrat de vente pour mettre les créanciers en demeure d'accepter le prix ou de surenchérir ; s'il ne fait pas cette publication, le vendeur ne pourra la faire en son lieu et place ainsi que nous l'avons vu plus haut.

2° La publication du contrat de vente, en matière de fonds de commerce, remplace, au point de vue de la purge, les notifications en matière de vente d'immeubles.

3° De droit commun, l'acquéreur ne peut purger que s'il n'est pas obligé à la dette : ici, tout acheteur est obligé de publier son contrat, publication qui constitue le préalable à la procédure de purge.

La surenchère du sixième autorisée et prévue par l'article 5 de la loi du 17 mars 1909, est basée comme on l'a vu, sur une idée de fraude concertée entre le vendeur et l'acquéreur, son exercice ne pourra donc avoir lieu à l'égard de ventes faites en justice qui offrent de sérieuses garanties de sincérité, parce qu'elles ont lieu par adjudications publiques, par le ministère d'officiers ministériels offrant toutes les garanties désirables, et que ceux qui les consentent sont des personnes nommées par les tribunaux, investies de leur confiance, et la plupart du temps jouissant d'une honorabilité parfaite, telles sont les ventes judiciaires faites aux enchères publiques conformément aux formalités de publicité prescrites par la loi du 17 mars 1909, à la requête des syndics de faillite, des liquidateurs ou administrateurs judiciaires.

Le législateur n'a peut-être pas été aussi bien inspiré en rangeant dans la même catégorie et en refusant la

surenchère du sixième aux ventes faites en justice, aux enchères publiques avec les formalités de publicité de l'article 17, par les copropriétaires indivis d'un fonds de commerce.

Les ventes de cette nature, étant donné l'honorabilité de l'officier ministériel qui y procède, la publicité qui est faite, revêtent généralement un grand caractère de sincérité.

Mais il arrive parfois que les copropriétaires, ou plutôt certains d'entre eux, s'entendent pour ne pas miser et laisser se rendre adjudicataire, soit un colicitant, soit un tiers qui leur versent un supplément de prix.

Il eût été préférable qu'un créancier de l'auteur commun, qui était propriétaire du fonds de commerce avant l'ouverture de l'indivision, pût mettre une surenchère sur le fonds, qui est grevé d'un droit réel à son profit, naturellement dans le cas où le prix serait insuffisant pour le désintéresser.

C'est toujours en partant de l'idée de fraude, c'est-à-dire de dissimulation d'une partie du prix du fonds de commerce que le législateur de 1909 s'est basé, pour admettre l'antithèse absolument flagrante entre la surenchère prévue par l'article 5 en ce qui concerne les ventes de fonds de commerce, et la surenchère concernant les ventes judiciaires d'immeubles.

Dans le droit commun, une surenchère est toujours possible après une vente judiciaire d'immeubles.

Cette surenchère est du dixième pour les ventes faites

par le syndic, après l'union des créanciers, elle doit être mise dans la quinzaine de l'adjudication.

Dans les autres ventes judiciaires quelles qu'elles soient, elle est du sixième et doit être faite au greffe dans la huitaine de l'adjudication,

Toute personne a droit de mettre l'une ou l'autre de ces surenchères.

En matière de fonds de commerce, au contraire, la surenchère ne peut pas être mise en ce qui concerne les ventes judiciaires, car, comme nous l'avons vu, ces ventes offrent des garanties de sincérité de prix et l'absence de toute dissimulation.

Nous allons examiner, maintenant que nous savons quelles sont les ventes de fonds de commerce qui ne sont pas susceptibles de la surenchère du sixième, quelles sont les personnes qui ont qualité pour mettre cette surenchère, les conditions dans lesquelles cette surenchère peut être mise et quelles sont les formalités qu'il faut accomplir pour arriver à la revente par surenchère. Chemin faisant, en traitant cette dernière question, nous parlerons des divers incidents qui peuvent se produire.

La surenchère du sixième peut être mise sur toutes les ventes de fonds de commerce, à l'exception de celles dont nous avons parlé plus haut.

Aux termes de l'article 5, pour mettre une surenchère du sixième sur le prix de la vente d'un fonds de commerce, il faut : 1° Être créancier du vendeur du fonds ; 2° être créancier inscrit ou créancier chirographaire ayant formé

opposition régulièrement, conformément à l'article 3, dans les dix jours de la seconde insertion ; 3° enfin que le prix de la vente du fonds de commerce soit insuffisant pour désintéresser les créanciers et ceux qui se seront révélés par des oppositions dans les dix jours qui suivent la seconde insertion.

Toutes ces conditions sont nécessaires pour mettre une surenchère valable.

Il faut être créancier et créancier opposant.

L'article 3 permet à tout créancier du vendeur du fonds de commerce, que sa créance soit exigible ou non, de former une opposition dans les termes qu'elle a tracés.

Elle n'exige pas un titre de la part du créancier opposant.

Il arrivera parfois que des créanciers feront opposition et même mettront une surenchère, alors que leurs créances seront contestées et peut-être qu'il ne leur sera rien dû.

La surenchère que mettront ces prétendus créanciers sera-t-elle valable, et leurs créances seront-elles comptées tout au moins provisoirement dans le calcul des créances, pour pouvoir apprécier si le prix du fonds de commerce est oui ou non suffisant pour payer les créanciers inscrits et les créanciers ayant formé une opposition régulière ?

A cette question qui lui avait été posée par le sénateur Legrand, le rapporteur de la loi, M. Cordelet, a répondu que le tribunal statuerait sur l'existence de la créance et que la surenchère serait nulle si le passif devenait inférieur au prix (*J. off.*, séance du 23 mai 1907 au Sénat, p. 650).

La surenchère mise par un prétendu créancier dont la créance serait annulée ou reconnue inexistante, serait donc frappée d'une nullité absolue, même dans le cas où un créancier dont la créance ne serait pas contestée et régulièrement opposant, interviendrait dans la procédure de validité de surenchère, et demanderait lui-même et en son nom la validité de la surenchère.

Son intervention, en effet, ne pourrait pas remédier à une procédure frappée de nullité absolue ; on peut guérir un malade, dit fort bien M. Baudry-Lacantinerie, et non ressusciter un mort.

Il sera donc prudent, pour un créancier qui veut mettre une surenchère sur le prix d'un fonds de commerce vendu, de signifier une réquisition de surenchère, malgré qu'une réquisition semblable ait déjà été signifiée par un autre créancier, car si la créance de ce dernier venait à être annulée, la surenchère serait nulle aussi.

Si la surenchère est mise par un créancier ayant une créance certaine et non contestée, mais que parmi les créanciers opposants, il s'en trouve certains dont les créances sont contestées, le tribunal, saisi de la demande en validité, devra examiner si les créances non contestées sont supérieures au prix de la vente du fonds, ou si, au contraire, il faut ajouter tout ou partie des créances contestées aux créances non contestées pour atteindre un chiffre de dettes plus élevé que le prix de la vente.

Dans la première hypothèse, le tribunal devra prononcer immédiatement la validité, mais, dans la seconde

hypothèse, il devra surseoir à statuer jusqu'à ce que le sort des créances contestées soit définitivement réglé.

Les créances des créanciers non opposants ne doivent pas entrer en ligne de compte pour savoir si le prix de la vente est inférieur aux dettes, il n'y a que les créances des créanciers opposants qui doivent figurer dans le calcul.

Cela est fort regrettable, mais les termes de l'article 5 de la loi du 17 mars 1909 sont formels.

Le rapporteur a fait une remarque semblable lors de la discussion de la loi ; néanmoins, il a pensé que le but du législateur serait quand même atteint, puisque par la surenchère, si défectueuse qu'elle soit, on empêcherait les dissimulations dans les ventes de fonds de commerce.

La surenchère, une fois formée il se peut que le surenchérisseur ne donne plus suite à l'action en validité de surenchère qu'il a intentée devant le tribunal de commerce, soit parce qu'on l'a désintéressé, soit parce qu'il ne se soucie plus d'être obligé de reprendre le fonds de commerce à la mise à prix indiquée dans la surenchère, soit enfin parce qu'il s'est entendu avec l'acquéreur surenchéri.

L'article 23 de la loi du 17 mars 1909, qui présente une grande analogie avec les articles 709 et 733 du Code de procédure civile, prévoit ce cas dans son paragraphe 5.

Il édicte que, dans cette hypothèse, l'acquéreur ou tout créancier inscrit pourra accomplir les formalités de procédure et de vente, aux frais, risques et périls du surenchérisseur, la caution restant engagée.

Les créanciers régulièrement opposants pourront-ils également poursuivre l'instance en validité de surenchère et la revente ? Nous ne le pensons pas en présence des termes formels de l'article 5 et de l'esprit de la loi en matière de surenchère du sixième.

Le Code de procédure décide aussi, en matière de surenchère du sixième (art. 709), que seuls les créanciers inscrits pouvaient dénoncer la surenchère faite au greffe dans les huit jours de l'adjudication par toute personne ; il est donc très probable que le législateur de 1909 a voulu suivre cet ancien principe, d'autant plus qu'il n'a pas vu d'un œil bienveillant cette surenchère du sixième dont il a, comme le disait le rapporteur, multiplié les formalités pour la rendre plus difficile et plus rare.

C'est en partant du même principe (défaveur du législateur en matière de surenchère du sixième), qu'il faut approuver sans réserve un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble du 28 janvier 1910 (*Gaz. Trib.*, 28 janvier 1910) qui a décidé que, pour apprécier si le prix de la vente du fonds de commerce est insuffisant pour désintéresser les créanciers inscrits et les créanciers opposants, il faut se placer non au moment où la surenchère est mise, mais au moment de l'instance en validité.

Par suite, si des créanciers opposants se désistent de leurs oppositions avant le jugement de validité de surenchère, leurs créances n'entreront pas en ligne de compte pour le calcul.

Nous avons vu que les ventes pour lesquelles la suren-

chère du sixième n'est pas permise ont été expressément déterminées par l'article 5 de la loi du 17 mars 1909 ; elles comprennent seulement les ventes judiciaires d'un fonds de commerce et les adjudications publiques de fonds de commerce poursuivies à la requête des syndics, des liquidateurs ou d'administrateurs judiciaires ou de co-propriétaires indivis du fonds, conformément à l'article 17, toutes les autres ventes et adjudications de fonds de commerce sont susceptibles de la surenchère du sixième.

Ainsi les ventes de fonds de commerce faites à l'amiable en suite d'autorisations régulières, par le syndic d'une faillite, peuvent être frappées de la surenchère du sixième, la faillite même ou la liquidation judiciaire du vendeur n'empêchent pas les créanciers de ce dernier de mettre une surenchère sur la vente du fonds, mais il faut toutefois qu'ils aient formé opposition régulière dans les délais prescrits par l'article 3 et qu'il y ait d'autres créanciers ayant formé également opposition et dont les créances avec celles du surenchérisseur soient supérieures au prix de la vente, ce qui ne se rencontrera que très rarement, parce que la faillite et la liquidation judiciaire rendent inutile l'opposition.

Nous avons vu que pour qu'il soit possible à un créancier chirographaire de mettre une surenchère du sixième sur le prix de vente d'un fonds de commerce, il faut non seulement qu'il ait formé une opposition régulière dans les délais voulus par la loi, mais que le montant des créances dues aux créanciers ayant comme lui formé une

opposition dans les délais de la loi, y compris la sienne, soit supérieur au prix de la vente du fonds, en y défalquant le total des créances inscrites.

Le tribunal de commerce devant lequel sera portée la demande en validité de surenchère déterminera le montant des créances devant entrer en ligne de compte pour le calcul en cas de contestation ; cela lui sera assez facile, mais il n'en sera pas de même lorsqu'il s'agira de déterminer l'importance du prix de vente du fonds, prix qui peut être indéterminé.

Cela se produira notamment quand les marchandises seront reprises par l'acquéreur à dire d'experts ou au prix de facture et que la prise de possession aura été fixée à une date postérieure au délai de surenchère.

Si une évaluation a été faite dans l'acte pour l'estimation des marchandises, le tribunal s'y conformera, à moins que cette estimation ait été intentionnellement majorée pour écarter les surenchères, auquel cas le tribunal pourra, à la requête du créancier, faire procéder à une expertise.

S'il n'y a pas d'évaluation, le tribunal pourra la faire faire au moyen d'une expertise, ou bien, d'après un auteur qui a commenté la loi du 17 mars 1909, le créancier devra faire sommation au vendeur et à l'acheteur de compléter leur acte sur ce point, et si ceux-ci n'obtempèrent pas à cette mise en demeure, le tribunal validera la surenchère.

Voici quelles sont les formalités à remplir pour faire

la surenchère du sixième, et les conditions de validité de la surenchère dont s'agit, — elles sont comprises et énumérées dans les articles 5 et 23 de la loi du 17 mars 1909 :

1° Elle suppose que le prix de la vente du fonds est insuffisant pour désintéresser les créanciers inscrits et les créanciers opposants.

2° Elle doit être faite dans les vingt jours qui suivent la seconde insertion, soit par les créanciers opposants, soit par les créanciers inscrits.

Nous avons tout lieu de supposer que les créanciers inscrits useront rarement de la surenchère du sixième qui leur est concédée par l'article 3. Ils ont en effet la surenchère du dixième qui leur est octroyée par l'article 23 et qui est préférable à tous les points de vue.

3° La surenchère doit être du sixième du prix principal de la vente du fonds incorporel, on ne tient compte ici ni du prix de vente du matériel et des marchandises qui seront pris par l'adjudicataire à dire d'experts.

S'il n'existe pas de prix spécial et distinct pour les éléments incorporels du fonds, le surenchérisseur demandera au tribunal une ventilation immédiate de ces éléments incorporels.

5° La procédure de surenchère du sixième se compose : « d'une réquisition signée du créancier qui doit être, à peine de nullité, signifiée dans les vingt jours qui suivent la seconde insertion à l'acquéreur et au débiteur précédent propriétaire avec assignation devant le tribunal de commerce de la situation du fonds, pour voir statuer, en cas

de contestation, sur la validité de la surenchère, sur l'admissibilité de la caution, sur la solvabilité du surenchérisseur, et voir ordonner qu'il sera procédé à la mise aux enchères publiques du fonds avec le matériel et les marchandises qui en dépendent, et que l'acquéreur surenchéri sera tenu de communiquer son titre et l'acte de bail ou de cession de bail à l'officier public commis.

« Aussitôt après la réquisition de surenchère, l'acquéreur, s'il est entré en possession du fonds, en est de droit administrateur séquestre et ne pourra plus accomplir que des actes d'administration.

« Toutefois, il pourra demander au tribunal de commerce ou au juge de référé, suivant les cas, à tout moment de la procédure, la nomination d'un autre administrateur ; cette demande peut également être formée par tout créancier.

« A défaut d'enchère, le créancier surenchérisseur est déclaré adjudicataire.

« L'adjudicataire est tenu de prendre le matériel et les marchandises existant au moment de la prise de possession aux prix fixés par une expertise amiable ou judiciaire, contradictoirement entre l'acquéreur surenchéri, son vendeur et l'adjudicataire.

« Il est tenu, au delà de son prix d'adjudication, de rembourser à l'acquéreur dépossédé les frais et loyaux coûts de son contrat,

« L'article 19 relatif à la folle enchère est applicable à la

vente et à l'adjudication sur folle-enchère » (art. 23 de la loi du 17 mars 1909).

Comme on le voit, cette procédure, quoiqu'elle se compose d'actes fort simples, est assez compliquée et peut donner lieu à de multiples incidents.

Elle paraît copiée à peu de chose près sur la surenchère accordée aux créanciers inscrits par l'article 2185 du Code civil.

C'est le tribunal de commerce qui est compétent pour statuer sur la demande en validité de surenchère et sur tous les incidents qui se grefferont sur la surenchère.

Cette compétence exclusive du tribunal de commerce à l'encontre du tribunal civil pour toutes les questions qui se rattachent à la nouvelle loi sur les fonds de commerce, a fait l'objet de vives discussions au Sénat.

La compétence des tribunaux consulaires a été défendue par M. le sénateur Vallé, dont les amendements relatifs à cette question de compétence ont été adoptés au cours des séances des 16 mai 1907 et 6 mars 1908.

Un grand nombre de textes ont été remaniés en raison de l'adoption de ces amendements (art. 15, § 1^{er} ; 16, § 2 ; 18, § 1 ; 20, § 1 ; 23, § 2).

La nouvelle loi n'a dérogé à cette règle générale de la compétence des tribunaux de commerce qu'en ce qui concerne le cas où des moyens de nullité sur la procédure de vente antérieure à la vente et sur les dépens viendraient à être soulevés.

Dans ce cas, c'est le président du tribunal civil de l'ar-

rondissement dans lequel s'exploite le fonds qui connaîtra du litige, et son ordonnance, conformément à l'article 15, § 8, ne sera pas susceptible d'opposition, sera exécutoire sur minute et ne pourra être frappée d'appel que dans la quinzaine de sa signification.

Nous ne voulons pas ici reproduire la discussion qui a eu lieu au Sénat entre M. le sénateur Legrand et son collègue M. le sénateur Vallé au sujet de l'amendement de ce dernier, mais nous ne craignons pas de dire que, selon nous, c'est à tort que l'on a donné aux juges consulaires compétence pour la connaissance des litiges concernant les surenchères et la réalisation des fonds de commerce.

Ces litiges porteront la plupart du temps sur le point de savoir si les voies d'exécution prescrites par la loi ont été accomplies conformément aux prescriptions de celle-ci.

Il s'agit là, non de questions de fait, d'usages commerciaux et autres pour lesquels la capacité des juges consulaires n'est pas discutable, mais au contraire de questions de droit pur qui rentrent plutôt dans la compétence d'un juriste que dans celle d'un honnête citoyen qui n'a aucune connaissance juridique.

Dira-t-on que les frais de procédure devant le tribunal de commerce sont moins élevés que ceux de procédure devant le juge des référés, lequel, d'après le texte de la commission du Sénat, était appelé à trancher les litiges dont il s'agit ?

Erreur complète !

Sans doute la procédure est faite habituellement devant

les juges des référés par le ministère d'avoués, mais les honoraires de ces officiers ministériels sont bien peu élevés en l'espèce, le tarif ne leur alloue, suivant la classe des tribunaux où ils exercent leurs fonctions, qu'un droit fixe de 3 fr. 75, 4 fr. 50 ou 5 francs.

Peut-on sérieusement soutenir que la procédure qui sera suivie devant le tribunal de commerce, et qui sera la plupart du temps faite par un agréé, en raison de sa complication, entraînera des frais moins considérables ?

Nous ne le pensons pas. Les agréés, qui n'ont pas de tarif légal, demanderont certainement à leurs clients des honoraires supérieurs à ceux que le tarif alloue aux avoués ; une procédure délicate comme celle de la surenchère, et qui peut entraîner de graves responsabilités en cas de nullité, mérite certainement d'être rémunérée par des honoraires supérieurs à cinq francs.

La surenchère du sixième aboutira à l'adjudication du fonds de commerce soit au profit d'un tiers, soit au profit de l'acquéreur primitif.

Quelle est la nature juridique de l'adjudication ainsi tranchée ?

Si l'adjudication est prononcée au profit du surenchérisseur ou d'un tiers, le droit de propriété de l'acquéreur surenchéri se trouve résolu, et l'on doit considérer que le fonds de commerce a été transmis directement par le vendeur au surenchérisseur ou au tiers adjudicataire sans passer par l'intermédiaire de l'acquéreur surenchéri.

Il en résulte que les droits réels consentis par l'acqué-

reur surenchéri se trouvent anéantis de plein droit en vertu du principe « *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* ».

La prorogation de bail notamment consentie dans l'acte de cession de fonds de commerce au profit de l'acquéreur surenchéri, se trouvera évanouie.

Par contre, les nantissements consentis par le vendeur depuis la première vente seront valables, ainsi que les inscriptions prises par les créanciers pendant cette même période, dans la quinzaine de la date des actes.

Si l'adjudication, au contraire, est prononcée au profit de l'acquéreur surenchéri, l'adjudication ne fait que confirmer le droit préexistant de ce dernier, et les inscriptions prises contre l'acquéreur, dans l'intervalle de la vente à l'adjudication sur surenchère, seront valables ; quant à celles prises contre le vendeur depuis la vente primitive, elles seront nulles.

La surenchère du sixième intéresse les créanciers du vendeur, elle leur permet de toucher intégralement leurs créances ou d'obtenir un dividende supérieur à celui qu'ils pouvaient escompter primitivement par suite de l'élévation du prix à distribuer résultant de l'adjudication sur surenchère.

Mais le bénéfice qu'ils retireront du supplément de prix résultant de la surenchère serait beaucoup réduit si l'acquéreur surenchéri avait droit de réclamer à son vendeur des dommages-intérêts pour le préjudice que lui a causé la surenchère et pouvait venir participer à la distribution

du prix de l'adjudication définitive avec les créanciers du vendeur.

Cela nous amène naturellement à examiner la question du recours en garantie de l'acquéreur surenchéri, contre son vendeur en matière de surenchère du sixième.

S'il s'agissait d'une surenchère du dixième mise par un créancier inscrit du vendeur, en suite de notification, il n'est pas douteux que l'acquéreur surenchéri aurait un recours contre son vendeur, non seulement pour le supplément du prix résultant de la surenchère, mais encore pour les intérêts ; les dispositions de l'article 23 *in fine* sont formelles à cet égard, mais aussi elles ne paraissent s'appliquer qu'à la surenchère du dixième seulement et non à la surenchère du sixième.

C'est l'opinion de MM. Montier et Faucon exprimée dans leur ouvrage sur les fonds de commerce, n° 207, et les raisons qu'ils donnent à l'appui de leur avis nous paraissent tellement péremptoires que nous les reproduisons ici textuellement :

« L'article 23, paragraphe final, accorde à l'acquéreur surenchéri du dixième un recours contre son vendeur pour le remboursement de tout ce qui excède le prix stipulé par son titre et pour l'intérêt de cet excédent, à compter du jour de chaque paiement.

« Cette disposition est-elle applicable à l'acquéreur surenchéri du sixième ?

« Nous ne le croyons pas, et cela pour deux raisons :

« 1° Par l'effet de ce recours, le passif du vendeur se trou-

verait augmenté de tout l'excédent du prix payé par l'acquéreur, en sorte que la surenchère ne permettrait jamais aux créanciers d'obtenir le paiement intégral de leurs créances. Ce serait donc aller à l'encontre du but de la loi que d'accorder ce recours au surenchéri du sixième.

« 2° Le texte de l'article 5 de la loi nouvelle ne permet pas d'étendre à la surenchère du sixième les dispositions de l'article 23 paragraphe final.

« Le paragraphe 2 de l'article 5 dit, en effet, que le surenchérisseur devra, pour former sa surenchère, se conformer aux prescriptions de l'article 23. C'est donc seulement les formalités de l'article 23 qui sont applicables à la surenchère du sixième, et non son paragraphe final qui touche au fond du droit.

« Nous déciderons donc que le surenchéri du sixième n'a, en aucun cas, le droit de se faire rembourser par le vendeur la somme supplémentaire qu'il aura dû verser pour conserver le fonds.

« Les événements auront démontré qu'il n'a pas *donné du fonds un juste prix*. Il y aura eu faute commune de la part du vendeur et de l'acheteur, la loi présumant, dans ce cas, la vileté ou la dissimulation du prix.

« L'acheteur ne pourra s'en prendre qu'à lui-même de n'avoir pas offert dès l'origine un prix défiant toute surenchère.

« Néanmoins, il y aura compte à faire entre le surenchéri et son vendeur, si l'expertise qui suit l'adjudication définitive révèle un excédent ou un déficit de marchan-

disés ou du matériel, par comparaison avec ce qui existait lors de la prise de possession. »

Il ne suffit pas, pour que les créanciers du vendeur d'un fonds de commerce puissent exercer leurs droits sur le prix du fonds, que ce fonds soit vendu à sa juste valeur, ce qui arrivera surtout en cas de surenchère, mais il faut encore que le prix de la vente définitive du fonds soit payé pour ensuite être réparti entre les créanciers.

La loi du 17 mars 1909 a établi, en faveur des créanciers, une série de mesures destinées à assurer le paiement du prix, elles sont dues en grande partie à l'intervention dans les débats parlementaires de M. le sénateur Legrand, ancien avoué, et président de la Société des avoués de France.

Il peut se faire, disait l'honorable sénateur, que le vendeur ait accordé terme et délai à son acquéreur pour le paiement du prix, et cela parfois aussi bien dans son propre intérêt que dans celui du créancier, soit pour obtenir un prix plus élevé, soit parce que l'acquéreur était obligé de payer son prix intégralement.

A ce moment, un tiers créancier intervient et met une surenchère. On me dira que ce tiers est obligé de fournir caution. C'est entendu, mais de quoi répond la caution ? Du prix si le surenchérisseur reste adjudicataire lors de l'adjudication sur surenchère. La caution ne garantit en effet le prix que de la part du surenchérisseur lui-même. Mais supposez que ce ne soit pas le surenchérisseur lui-même qui soit l'acquéreur ; c'est un étranger qui aura

couvert le prix et qui sera resté acquéreur. Etes-vous sûrs que ce tiers soit solvable ? Rien ne le garantit. Le vendeur avait choisi son acquéreur, il avait pris ses sûretés vis-à-vis de lui, il avait des garanties de solvabilité, qu'il ait accordé ou non des délais ; mais ici la question devient indifférente, et désormais le vendeur et les créanciers n'auront plus en leur présence qu'un inconnu ; sans aucune garantie spéciale et effective de solvabilité (Sénat, séance du 23 mai 1907, *J. off.* du 24 mai, *Déb. parl.*, p. 646).

C'est grâce à cette intervention énergique que la commission du Sénat a rapporté quelques jours après les paragraphes 4 et 5 de l'article 5.

Outre la caution que doit offrir de donner le surenchérisseur dans la réquisition de surenchère, pour le paiement des prix et charges de l'adjudication, et ce aux termes de l'article 23 de la loi du 17 mars 1909, l'officier public commis par le tribunal pour procéder à la vente sur surenchère du fonds de commerce, d'après l'article 7 de la même loi, ne doit admettre à enchérir que des personnes dont la solvabilité lui sera connue, ou qui auront déposé soit entre ses mains, soit à la Caisse des dépôts et consignations, avec affectation spéciale au paiement du prix, une somme qui ne pourra être inférieure à la moitié du prix total de la première vente, ni à la portion du prix de ladite vente stipulée payable comptant augmentée des frais de surenchère.

Ainsi donc les officiers ministériels commis pour pro-

céder à la vente du fonds de commerce en suite de surenchère ne devront admettre à enchérir que des personnes dont la solvabilité leur sera reconnue, à moins que ces personnes ne déposent entre leurs mains ou à la Caisse des consignations avec affectation spéciale, une portion du prix nettement déterminée par la loi.

Cet article, comme il est facile de s'en rendre compte, engage la responsabilité des officiers ministériels lorsque ceux-ci n'exigeront pas un versement d'une partie du prix d'adjudication, parce que la solvabilité des adjudicataires ou des enchérisseurs leur est connue.

Ce n'est pas une innovation qu'a faite la loi nouvelle en rendant les officiers ministériels chargés de procéder à une vente, responsables des prix d'adjudication.

L'article 625 du Code de procédure civile décide que les commissaires-priseurs et huissiers seront personnellement responsables du prix des adjudications qu'ils font ensuite de saisie-exécution, et la doctrine et la jurisprudence ont étendu les dispositions de cet article en admettant, comme principe, que tous les officiers ministériels qui procèdent à une adjudication publique de meubles au comptant, sont responsables des prix d'adjudication (*Pandectes françaises*, V° *Adjudications mobilières*, n° 875).

D'autre part, l'article 711 du Code de procédure civile interdit aux avoués de se rendre adjudicataires d'immeubles, à la barre du tribunal, pour des personnes notoirement insolvable.

La responsabilité de l'avoué n'est pas aussi étendue que

celle des officiers publics en matière d'adjudications de fonds de commerce en suite de surenchère, ou d'adjudication publique de meubles.

Dans ces deux derniers cas, l'officier public est en effet toujours responsable des prix d'adjudication non payés, s'il n'a pas exigé le versement indiqué par l'article 5 de la loi du 17 mars 1909 ou s'il a laissé enlever les meubles vendus avant d'être payé, tandis que l'avoué n'engage sa responsabilité qu'autant qu'il mise pour une personne notoirement insolvable.

Il ne pourrait pas être rendu responsable du prix d'adjudication s'il se rendait adjudicataire pour une personne insolvable, il est vrai, mais dont l'insolvabilité ne soit pas notoire, c'est-à-dire inconnue du public.

Nous avons vu que la loi de 1909 avait conféré aux créanciers chirographaires du vendeur un droit réel sur le fonds de commerce, qu'elle avait pris toutes les mesures nécessaires pour que ces créanciers fussent appelés à la distribution du prix du fonds qu'elle avait octroyé à ces mêmes créanciers le droit de mettre une surenchère sur la vente du fonds en cas d'insuffisance du prix, et enfin qu'elle avait pris toutes les précautions possibles pour que le prix de la vente sur surenchère du fonds de commerce fût effectivement payé.

Elle est allée plus loin encore, elle a institué, en matière d'adjudication publique de fonds de commerce, la folle-enchère qui permet aux créanciers ou même à tous ayants droit, de faire, à défaut de paiement du prix d'ad-

judication, revendre le fonds de commerce par une procédure rapide et peu coûteuse.

Jusqu'à la loi de 1909, la procédure de folle-enchère ne pouvait être employée que lorsqu'il s'agissait d'une vente judiciaire d'immeubles, et à défaut par l'adjudicataire de payer le prix et d'exécuter les charges et conditions de l'adjudication.

La folle-enchère existait bien aussi en matière mobilière ; l'article 424 du Code de procédure civile décide, en effet, que faute de paiement du prix d'un objet dans une adjudication en suite de saisie-exécution, cet objet devra être immédiatement revendu à la folle-enchère de l'adjudicataire, mais là, il ne s'agit pas, à proprement dire, d'une procédure générale de folle-enchère, il s'agit plutôt d'une revente immédiatement faite d'un objet, parce que la première adjudication est considérée comme nulle à défaut de paiement du prix stipulé payé comptant.

La folle-enchère, en matière d'adjudication par justice de fonds de commerce, a donc été créée de toutes pièces par l'article 19 de la loi du 17 mars 1909, parce que jusqu'alors, cette procédure ne pouvait être employée en matière mobilière.

Nous n'insisterons pas sur la procédure de cette folle-enchère qui est fort simple et qui peut être mise en mouvement et poursuivie par toute personne intéressée.

Les créanciers ont une action contre le fol-enchérisseur pour lui faire payer la différence entre son prix et celui de la revente par folle-enchère (art. 19, *in fine*).

La gérance du fonds de commerce, pendant la durée de la procédure de surenchère jusqu'à la vente définitive, soit par l'acquéreur surenchéri, soit par l'administrateur séquestre nommé en remplacement de l'acquéreur surenchéri, intéresse les créanciers chirographaires du vendeur et le vendeur lui-même.

Ceux-ci, en effet, pourront lui demander un compte de gestion, soit par la voie amiable, soit par les voies judiciaires, mais il ne s'agit là que d'une action de droit commun, c'est-à-dire d'une action pure et simple de mandat, que nous n'avons pas à examiner ici, puisqu'elle ne rentre pas dans les limites de notre sujet.

En fait, nous estimons que la surenchère du sixième aura surtout un effet préventif, comme l'a dit le rapport de la loi, du moment que, pour son exercice, il faut que le débiteur soit au-dessous de ses affaires, c'est-à-dire *non in bonis*, elle aboutira presque fatalement à la mise en faillite de ce dernier.

Elle ne sera mise en pratique que dans les cas absolument en dehors des prévisions du législateur, par exemple dans le cas où un amateur serait évincé dans l'achat d'un fonds de commerce par un autre amateur qui en aurait offert un prix supérieur et qui aurait traité avec le propriétaire du fonds.

L'amateur évincé, et par suite mécontent, ira alors trouver un créancier, et si celui-ci se trouve dans les conditions voulues par la loi pour mettre une surenchère du sixième, il la mettra en réalité pour le compte de cet amateur déçu

dans ses espérances, qui s'engagera à couvrir la mise à prix et paiera peut-être au créancier sa complaisance.

Mais ce procédé n'est pas particulier aux surenchères mises sur les ventes de fonds de commerce, il se rencontre souvent aussi dans les surenchères formées en suite de ventes d'immeubles.

A vrai dire, il est difficile à un créancier de mettre une surenchère sur un fonds de commerce, à moins d'une entente préalable avec un amateur, car il sera presque impossible à ce créancier d'exploiter lui-même ce fonds, l'exploitation d'un commerce exigeant des connaissances et des aptitudes spéciales.

La plupart du temps, le créancier préférera perdre tout ou partie de sa créance plutôt que de s'imposer la charge presque toujours lourde d'un fonds de commerce.

Un seul mot pour terminer cette question de surenchère.

En principe la surenchère est impossible lorsqu'il y a vente séparée d'un élément du fonds, mais elle pourrait parfaitement avoir lieu si les divers éléments du fonds étaient vendus à des acquéreurs différents.

CHAPITRE III

DES DROITS DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES EN CAS D'ÉTABLISSEMENT D'UN NANTISSEMENT AU PROFIT D'UN CRÉANCIER SUR LE FONDS DE COMMERCE.

Le fonds de commerce est, la plupart du temps, l'élément actif le plus important du patrimoine d'un négociant, c'est pourquoi la loi de 1909 s'en est spécialement occupée et l'a, pour ainsi dire, affecté en gage aux créanciers de ce dernier.

Ce gage peut disparaître de différentes manières, d'abord au moyen d'une vente ou d'une aliénation quelconque, nous avons vu sur ce point quels sont les droits de poursuites que la loi nouvelle a donnés aux créanciers.

Il peut disparaître ensuite en tout ou en partie par la création d'un nantissement, c'est-à-dire d'un privilège engendrant au profit du créancier un droit de préférence lui permettant de se faire payer sa créance sur le prix du fonds de commerce avant celles des autres créanciers.

La loi du 17 mars 1909, dont le but principal a été la constitution et la réglementation des nantissemments sur les fonds de commerce, n'a pas perdu de vue les intérêts des créanciers chirographaires, elle a songé à eux et à leurs intérêts notamment en excluant du nantissement

les marchandises et les créances faisant partie du fonds de commerce, et aussi en permettant aux créanciers de demander le paiement de leurs créances non exigibles en cas de dation en nantissement par leur débiteur de son fonds de commerce.

C'est cette dernière disposition de la loi de 1909 que nous nous proposons d'étudier du reste sommairement.

L'article 13, § 4, est ainsi conçu :

« L'inscription d'un nantissement peut rendre exigibles les créances antérieures ayant pour cause l'exploitation du fonds. »

Sous l'empire de la législation ancienne, la dation en nantissement d'un fonds de commerce, comme du reste la constitution d'une hypothèque sur ses biens, d'un débiteur, ne rendrait pas exigible la créance d'un créancier qui avait accordé terme et délai.

L'article 1188 du Code civil ne peut pas être invoqué, car il s'applique seulement à la diminution des sûretés données spécialement par un débiteur à ses créanciers, mais non à la diminution des sûretés générales accordées par la loi à tout créancier.

La loi de 1909 a donc donné un droit nouveau aux créanciers en cas de dation en nantissement du fonds de commerce, celui de demander la déchéance du terme pour leurs créances non exigibles et antérieures à l'établissement de ce nantissement.

Pour justifier et expliquer cette innovation, M. le sénateur Cordelet s'est exprimé ainsi dans un rapport au Sénat :

« Les créanciers chirographaires doivent-ils rester désarmés, en dehors des applications des articles 446 et 447 du Code de commerce, devant la survenance d'un nantissement qui diminue le gage sur lequel ils auraient dû compter ?

« La commission n'a pas pensé qu'il y eût lieu de porter le nantissement à la connaissance des tiers par une autre voie que l'inscription, par exemple par une publication dans un journal d'annonces légales ; ni de reconnaître aux créanciers un droit d'opposition qui rendrait le nantissement sans effet vis-à-vis d'eux.

« Le législateur de 1885 ne l'a pas fait pour l'hypothèque des navires.

« L'interdiction de comprendre les marchandises dans le nantissement enlève à la question beaucoup de son importance.

« Toutefois, la commission a cru devoir donner aux tribunaux le droit d'apprécier si le nantissement consenti par le débiteur met en péril les intérêts des simples créanciers chirographaires et doit rendre leurs créances exigibles.

« Cette éventualité rendra le débiteur plus circonspect dans le recours à ce moyen de crédit. »

La disposition finale de l'alinéa 4 de l'article 13 porte que peuvent seulement être rendues exigibles, par suite de l'établissement d'un nantissement, les créances ayant pour cause l'exploitation, et elle a dès lors pour conséquence singulière d'établir une dualité entre les divers créanciers chirographaires du débiteur.

Il y a les créances qui se rapportent à l'exploitation du fonds de commerce et celles qui ont une autre cause.

Les titulaires des premières créances pourront seuls demander la déchéance du terme en bénéficiant de l'article 13, § 3 ; en cas de nantissement, les autres ne le pourront que dans les limites du droit commun.

Pourquoi cette distinction ?

Les travaux préparatoires sont muets à ce sujet, aucune explication n'a été donnée lors de la discussion de la loi, il y a donc tout lieu de supposer qu'il y a dans cette disposition législative une réminiscence ou un vestige d'une ancienne théorie d'après laquelle le fonds de commerce serait une universalité juridique, autrement dit un véritable patrimoine spécial ayant son actif et son passif propres.

Nous n'examinerons pas ici quelles sont les dettes d'un commerçant qui se rattachent à l'exploitation de son fonds, et quelles sont celles qui ne s'y rattachent pas, parce que la question a une importance secondaire et a, du reste, un intérêt très minime, puisque, d'après une jurisprudence et une doctrine absolument constantes, toutes les dettes contractées par un négociant, même les prêts d'argent qui lui auraient été consentis par un particulier, sont censées l'être pour les besoins de son commerce, par conséquent, tomberont sous l'application de l'article 13, § 4, de la loi du 17 mars 1909.

Il résulte des termes mêmes de cet article que la déchéance du terme, qui est visée en ce qui concerne les dettes ayant pour cause l'exploitation du fonds, est facul-

tative pour les tribunaux qui auront alors à apprécier si le nantissement consenti par le débiteur met en péril les créances de ses créanciers antérieurs.

Aussitôt la déchéance du terme prononcée, les créanciers pourront prendre toutes les mesures nécessaires pour se faire payer, notamment recourir à toutes voies d'exécution, et même, le cas échéant, faire prononcer la faillite de leur débiteur à l'effet d'arriver à la nullité du nantissement en conformité des articles 446 et 447 du Code de commerce, si toutefois les conditions nécessaires se rencontrent dans l'espèce.

Les tribunaux de commerce ont une compétence exclusive pour connaître de ces actions en déchéance de terme, la procédure à laquelle elles sont soumises est celle qui est tracée dans l'article 15, § 8, de la loi nouvelle, cette procédure est très rapide :

1° Le jugement doit être rendu dans la quinzaine de la première audience.

2° Il n'est pas susceptible d'opposition et est exécutoire sur minute.

3° Le délai d'appel est de quinze jours à partir de la signification, l'appel toutefois est suspensif.

4° L'arrêt doit être rendu dans le mois et est exécutoire sur minute.

CHAPITRE IV

DE LA RÉALISATION DES FONDS DE COMMERCE ET DES DROITS DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES.

Donner aux créanciers chirographaires d'un propriétaire de fonds de commerce presque un droit réel sur ce fonds, leur permettre de faire valoir leurs droits sur le prix, en cas de vente du fonds, et même de mettre une surenchère sur ce fonds au cas où le prix serait insuffisant pour les payer, c'est certainement quelque chose, même beaucoup, mais ce n'est pas tout, il faut plus, il faut, et il est nécessaire encore, de donner à ces créanciers le moyen de réaliser eux-mêmes et sur leurs poursuites propres, à défaut de paiement, soit en bloc, soit en détail, le fonds de commerce de leur débiteur, si celui-ci se refuse de le vendre amiablement.

La loi de 1909, dans sa prévoyance, a envisagé cette dernière hypothèse et, dans ses articles 15 et 18, a indiqué la procédure qu'il y avait lieu de suivre, pour arriver à la vente forcée des fonds de commerce contre le gré du débiteur.

Nous avons vu que sous la législation ancienne, le matériel et les marchandises d'un fonds de commerce pouvaient seuls être l'objet d'une saisie-exécution et d'une vente forcée de la part des créanciers chirographaires,

que cette vente avait lieu presque toujours dans des conditions très désavantageuses, et qu'il était presque impossible à ces créanciers chirographaires de faire vendre les autres éléments du fonds qui avaient souvent une valeur considérable.

Il convient d'ajouter que l'on avait recours à une procédure indiquée plus haut, inventée par la pratique et sanctionnée par la jurisprudence et qui consistait à assigner devant le tribunal de commerce le propriétaire du fonds et de faire ordonner la vente de ce fonds de commerce, avec tous les éléments qui le composent, mais que cette procédure, comme on l'a dit, paraissait très douteuse et sujette à critique.

La loi du 17 mars 1909 s'est très probablement inspirée de la procédure dont s'agit, lorsque dans son texte 15, elle dispose que :

« § 1^{er}. — Tout créancier qui exerce des poursuites de saisie-exécution, et le débiteur contre lequel elles sont exercées peuvent demander devant le tribunal de commerce dans le ressort duquel s'exploite le fonds, la vente du fonds de commerce du saisi, avec le matériel et les marchandises qui en dépendent.

§ 2. — Sur la demande du créancier, le tribunal de commerce ordonne qu'à défaut de paiement dans un délai imparti au débiteur, la vente du fonds aura lieu à la requête dudit créancier, après l'accomplissement des formalités prescrites par la loi.

« § 3. — Il en sera de même si, sur l'instance introduite

par le débiteur, le créancier demande à poursuivre le fonds.

« § 4. — S'il ne le demande pas, le tribunal de commerce fixe le délai dans lequel la vente du fonds devra avoir lieu, suivant les formalités édictées par l'article 17, et il ordonne que faute par le débiteur d'avoir fait procéder à la vente dans ledit délai, les poursuites de saisie-exécution seront reprises et continuées sur les derniers errements.

« § 5. — Il nomme, s'il y a lieu, un administrateur du fonds, fixe les mises à prix, détermine les conditions principales de la vente, commet pour y procéder l'officier public qui dresse le cahier des charges.

« § 6. — La publicité extraordinaire, lorsqu'elle est utile, est réglée par le jugement ou à défaut, par ordonnance du président du tribunal de commerce rendue sur requête.

« § 7. — Il peut, par la décision rendue, autoriser le poursuivant s'il n'y a pas d'autre créancier inscrit ou s'opposant, et sauf prélèvement des frais privilégiés au profit de qui de droit, à toucher le prix directement et sur sa simple quittance, soit de l'adjudicataire, soit de l'officier vendeur, selon les cas, en déduction, et jusqu'à concurrence de sa créance en principal, intérêts et frais.

« § 8. — Le tribunal de commerce statue dans la quinzaine de la première audience par jugement non susceptible d'opposition, exécutoire sur minute. L'appel du jugement est suspensif ; il est formé dans la quinzaine de sa

signification à partie et jugé sommairement par la Cour dans le mois ; l'arrêt est exécutoire sur minute.

Ainsi, un créancier muni d'un titre exécutoire fait procéder à une saisie-exécution, naturellement sur le matériel et les marchandises qui seuls peuvent être saisis.

La loi de 1909 n'a pas voulu que ces éléments du fonds de commerce fussent vendus séparément des autres en raison de la mévente dont ils auraient été l'objet, son ardent désir a été qu'ils fussent vendus en même temps que les autres éléments incorporels du fonds de commerce, tout cela dans l'intérêt des créanciers et du propriétaire du fonds de commerce.

Une première pensée est venue au législateur, une pensée humanitaire ; il n'a pas voulu permettre que le propriétaire du fonds de commerce fût dépouillé immédiatement, et sans lui donner un délai pour payer, de son fonds, et réduit ainsi, sinon à la misère, tout au moins dans l'impossibilité de gagner sa vie.

C'est pourquoi il décide que si le tribunal de commerce est saisi d'une demande en vente globale de tous les éléments du fonds de commerce, soit à la requête du créancier poursuivant, soit à celle du débiteur, il devra accorder un délai à ce débiteur pour vendre ou payer, faute de quoi il fera droit à la demande et ordonnera la vente du fonds (1).

(1) La Cour d'appel de Paris, par un arrêt du 14 décembre 1909 (*Gaz. Pal.*, 18 janvier 1910) décide qu'après l'expiration du délai prescrit par l'article 15, § 2, il n'y a pas lieu d'accorder un second

Les droits du créancier, malgré ce délai, se trouvent suffisamment protégés, puisque tous les éléments du fonds de commerce qui pouvaient disparaître se trouvent, par suite de la saisie-exécution, mis sous les mains de la justice.

On remarquera que la vente globale du fonds de commerce peut être demandée au tribunal de commerce de la situation du fonds, et après une saisie-exécution, tout aussi bien de la part du débiteur que de celle du créancier poursuivant, et le résultat de la procédure est différent, au cas où le fonds n'aurait pas trouvé d'amateurs sur la mise à prix fixée par le tribunal, suivant que cette vente globale ait été sollicitée par le débiteur ou par le créancier.

Si le créancier sollicite la vente globale du fonds, soit que l'instance ait été introduite par lui, soit qu'elle l'ait été à la requête du débiteur, l'adjudication a toujours lieu en bloc à ses requête, poursuites et diligences, selon la procédure indiquée dans les articles 15 et 17 de la loi du 17 mars 1909.

Mais, au contraire, si c'est le débiteur seul qui demande la vente en bloc du fonds de commerce, parce que le créancier pense qu'il n'y a pas d'amateurs pour le bloc ou que la vente en détail est plus avantageuse que la vente globale, ce qui peut arriver quelquefois, le tribunal fixe un délai dans lequel le débiteur devra faire procéder à la vente, et passé ledit délai, les poursuites de saisie-exécution

délai de grâce au débiteur pour se libérer, conformément aux dispositions de l'article 1244 du Code civil.

seront reprises d'après les derniers errements de la procédure.

Nous pensons même, conformément à un jugement du tribunal de commerce de Lyon du 29 juillet 1909, que le créancier poursuivant ne peut s'opposer à la demande de vente en bloc du fonds de commerce formée par le débiteur, en alléguant qu'elle constitue une manœuvre dilatoire.

Il s'agit là en effet d'un droit absolu du débiteur consacré par la loi.

Ainsi donc, pour que la vente, en suite de saisie-exécution du matériel et des marchandises, seuls éléments saisissables du fonds de commerce, puisse avoir lieu séparément du fonds, il faut, ainsi que nous l'avons vu : 1° que ni le créancier poursuivant ni le débiteur n'aient sollicité du tribunal la mise en vente globale du fonds ; 2° que cette adjudication n'ait pas eu lieu dans le délai imparti par le tribunal au cas où la mise en vente globale du fonds ait été sollicitée et demandée par le débiteur seul, mais cela n'est pas suffisant, il faut encore aller au greffe du tribunal de commerce et s'assurer s'il existe ou non des inscriptions sur le fonds.

S'il n'y a pas d'inscriptions, tout va bien, on peut poursuivre la vente des objets saisis en remplissant les formalités prescrites par la loi.

Si, au contraire, il existe des inscriptions remontant à plus de quinze jours, on devra notifier la poursuite de saisie-exécution aux créanciers inscrits au domicile par eux

élu dans leurs inscriptions, et ceux-ci auront un délai de dix jours, que leurs créances soient ou non échues, pour assigner les intéressés devant le tribunal de commerce où s'exploite le fonds, pour demander qu'il soit procédé à la vente de tous les éléments du fonds, soit à la requête du poursuivant, soit à leur propre requête, dans les termes et conformément aux dispositions des articles 15, 16 et 17 de la loi du 17 mars 1909.

Cette dernière formalité est en effet contenue dans l'article 20, § 1, précité de la loi du 17 mars 1909 et dans les paragraphes 2 et 3 du même article, ainsi conçus :

§ 2. — Le matériel et les marchandises seront vendus en même temps que le fonds, sur des mises à prix distinctes ou moyennant des prix distincts, si le cahier des charges oblige l'adjudicataire à les prendre à dire d'experts.

§ 3. — Il y aura lieu à ventilation du prix pour les éléments du fonds non grevés de privilèges inscrits.

Il peut arriver que le créancier poursuivant la saisie-exécution des marchandises et du matériel fasse procéder à leur vente, sans faire remplir les formalités de notification de la poursuite aux créanciers inscrits.

Qu'arrivera-t-il en ce cas ?

Nous estimons que la vente sera néanmoins valable, c'est-à-dire que le matériel et les marchandises ainsi vendus deviendront bien la propriété des acheteurs et qu'aucune revendication ne pourra être faite à l'encontre de ces derniers, mais qu'une action en responsabilité, c'est-

à-dire en dommages-intérêts, pourra être intentée par les créanciers inscrits, soit contre le créancier poursuivant, soit contre l'officier public qui ont ainsi procédé à la vente irrégulièrement sans remplir les formalités prescrites par l'article 20, § 1 de la loi du 17 mars 1909.

Une hypothèse qu'il y a lieu d'examiner ici peut se présenter et elle se présentera souvent dans la pratique :

Un créancier fait procéder à une saisie-exécution sur les marchandises et le matériel faisant partie du fonds de commerce de son débiteur.

Celui-ci ne demande pas la vente en bloc du fonds, pas plus que le créancier saisissant, voire même que les créanciers inscrits, soit parce qu'il n'en existe pas, soit parce que ceux qui existent veulent rester dans l'inaction.

Les autres créanciers pourront-ils empêcher la vente séparée du matériel et des marchandises et demander à ce que la vente en bloc du fonds de commerce ait lieu ?

Nous le pensons.

Si le créancier qui veut demander la vente en bloc du fonds de commerce a une créance se rattachant à l'exploitation commerciale de son débiteur, il assignera ce dernier en paiement devant le tribunal de commerce, en demandant au besoin la déchéance du terme, s'il en existe un, en raison de la déconfiture résultant de la saisie-exécution, ainsi que le créancier poursuivant, et le tribunal ordonnera, s'il le juge à propos, la vente globale du fonds avec tous ses éléments conformément aux dispositions de l'article 18 de la loi du 17 mars 1909.

Si au contraire le créancier a une créance civile ordinaire, il pourra alors, en exerçant les droits et actions de son débiteur, en vertu de l'article 1166 du Code civil, puisqu'il s'agit bien là d'un droit patrimonial, demander, aux lieu et place de son débiteur, la vente du fonds de commerce avec tous ses éléments, conformément à l'article 15 de la loi nouvelle.

Les créanciers, dont les créances se rattachent à l'exploitation du fonds de commerce de leur débiteur et qui peuvent, ainsi que nous l'avons vu, demander la déchéance du terme, en cas d'établissement d'un nantissement sur le fonds, ont une manière très simple d'arriver à la vente de ce fonds par une procédure rapide.

Il leur suffira de saisir le tribunal de commerce d'une demande en paiement de leurs créances et ce tribunal, s'il prononce une condamnation, pourra, s'il en est requis par eux, ordonner la vente du fonds.

C'est ce qui résulte de l'article 18, § 1, de la loi du 17 mars 1909 qui dispose en outre que le tribunal, dans ce cas, statue dans les termes des paragraphes 5 et 6 de l'article 15 et fixe le délai d'après lequel, à défaut de paiement, la vente pourra être poursuivie et que les dispositions de l'article 15, § 8, et de l'article 17 sont applicables à la vente, ainsi ordonnée par le tribunal de commerce.

Comme on le voit, l'article 18 est toujours empreint du même sentiment de bienveillance vis-à-vis du débiteur ; le législateur, là comme ailleurs, veut et désire ardemment que les tribunaux, lorsqu'ils ordonnent une vente

de fonds de commerce, accordent un délai au débiteur pour lui permettre de se libérer et empêcher ainsi la consommation de sa ruine par la vente de son fonds.

L'article 18 n'oblige pas le tribunal de commerce, lorsqu'il est saisi d'une demande en paiement d'une dette se rattachant à l'exploitation d'un fonds de commerce, d'en ordonner la vente, en cas de condamnation, même si le créancier le requiert, il lui laisse le soin d'apprécier si, étant données les circonstances de la cause, la ruine plus ou moins complète du débiteur, cette vente s'impose.

On aurait pu supposer que l'article 18 ne pouvait recevoir son application qu'autant que la demande en paiement et en vente du fonds de commerce aurait été portée devant le tribunal de commerce où s'exploite le fonds.

Mais il n'en est rien.

L'article 18 a une portée générale.

Tout tribunal de commerce, s'il est compétent pour connaître de la demande en paiement, pourra ordonner la vente.

Mais comme il s'agit ici d'une faculté, il est probable que s'il n'est pas renseigné sur l'état des affaires du débiteur, sur la valeur du fonds, et s'il n'est pas à même de fixer les conditions de la vente, il préférera s'abstenir à cet égard, ou donner commission rogatoire au tribunal du ressort pour désigner l'officier public et remplir les formalités prescrites par l'article 15, § 5 et 6, tout en fixant lui-même le délai après lequel, faute de paiement, la vente pourra être poursuivie (Voir à cet égard, Montier et Faucon, n° 227, *in fine*).

Les créanciers chirographaires, pour arriver à la vente du fonds de commerce de leur débiteur, pourront également faire déclarer ce dernier en état de faillite.

Ce sera alors le syndic qui poursuivra la vente du fonds en se conformant aux règles de la faillite.

« La faillite ou la liquidation judiciaire suspendant toute voie d'exécution de la part des créanciers chirographaires, ceux-ci ne pourront plus, après le jugement déclaratif, entamer une procédure de ce genre, et toute procédure commencée se trouve de plein droit arrêtée, à moins que le syndic ou le liquidateur ne la relève en la continuant d'après les derniers errements (Montier et Faucon, n° 244). »

Nous allons indiquer, très rapidement, quelles sont les formalités à remplir pour arriver à la vente forcée du fonds de commerce du débiteur, en suite de la loi du 17 mars 1909.

1° C'est le tribunal de commerce, à l'exclusion de toutes autres juridictions, qui est toujours compétent pour ordonner la vente du fonds de commerce.

Le projet primitif de la loi avait donné compétence au président civil statuant en référé, mais l'adoption de l'amendement Vallé a eu pour effet de lui substituer le tribunal de commerce.

Le président du tribunal civil de l'arrondissement duquel s'exploite le fonds ne connaît plus maintenant que les litiges concernant les moyens de nullité de procédure antérieure à la vente, ainsi que les dépens ; disons tout de

suite que son ordonnance bénéficie des dispositions du paragraphe 8 de l'article 15 dont il sera ci-après parlé.

C'est en principe le tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité qui a compétence pour ordonner la vente, et cette compétence nous paraît être d'ordre public, parce que ce tribunal est plus à même de fixer les mises à prix et d'ordonner la publicité extraordinaire.

2° Le tribunal désigne un officier public qui dressera le cahier des charges et procédera à la vente.

Ce sera habituellement un notaire qui sera désigné, car c'est le seul officier ministériel qui peut procéder à une vente d'éléments corporels et incorporels qui constituent un fonds de commerce.

La question est cependant très discutée en doctrine et en jurisprudence, il existe en effet un certain nombre de décisions qui décidaient, avant la loi du 1^{er} mars 1898, que les commissaires-priseurs pouvaient procéder à la vente du fonds de commerce *in globo*, lorsque c'est l'élément corporel qui forme l'élément principal, en vertu du principe *accessorium sequitur principale*.

Depuis la promulgation de cette loi, qui a eu pour effet de donner au fonds de commerce son unité légale, on aurait pu penser que la jurisprudence aurait décidé que les notaires seuls auraient eu qualité pour procéder à la vente publique du fonds. mais il n'en a rien été, on constate toujours la même diversion dans la jurisprudence.

Le dernier jugement rendu sur cette question est un

jugement du tribunal de commerce de Lyon du 12 mars 1910 qui décide que lorsque la valeur des marchandises est supérieure aux autres éléments du fonds, c'est un commissaire-priseur qui doit être commis pour procéder à la vente aux enchères et en bloc du fonds de commerce.

Le tribunal ne se borne pas à indiquer l'officier public qui doit dresser le cahier des charges et procéder à la vente, il doit en outre, aux termes de l'article 17, § 5, indiquer les conditions principales de la vente, notamment les conditions de paiement.

A cet égard, nous pensons que le tribunal de commerce pourra, eu égard aux circonstances, accorder des termes pour le paiement du prix du fonds, puisque ce paiement se trouve maintenant garanti par le privilège du vendeur résultant de l'article 1^{er} de la loi du 17 mars 1909.

En cas de contestation sur les clauses et conditions du cahier des charges pour parvenir à la vente; les parties réviendront par voie d'assignation devant le tribunal de commerce qui a ordonné la vente et qui statuera sur le litige ainsi soulevé.

En cas d'urgence, l'assignation pourra même être donnée d'heure à heure, conformément aux dispositions de l'article 417 du Code de procédure civile.

3° Le tribunal fixe les mises à prix, dit l'article 15, § 5.

Le projet primitif portait seulement « la mise à prix », et il y a été substitué dans le texte définitif les mots « les mises à prix » pour obéir aux prescriptions de la loi nouvelle qui veut qu'il soit indiqué dans les ventes de fonds

de commerce trois prix distincts, celui du matériel, celui des marchandises et celui des éléments incorporels.

Pour se conformer aux prescriptions de la loi, le tribunal devra donc indiquer pour l'adjudication d'un fonds de commerce, trois mises à prix distinctes, mais pour éviter que trois amateurs différents se fassent adjuger les trois éléments du fonds, ce qui pourrait nuire à la vente, en écartant les amateurs désirant acheter le fonds *in globo*, il pourra ordonner qu'après les adjudications partielles, les trois lots adjugés pourront être remis en vente sur une mise à prix formée du total des adjudications partielles, qui deviendront nulles par suite de l'enchère sur le bloc.

Le supplément de prix, ainsi obtenu, viendra s'ajouter aux prix primitifs des adjudications partielles et proportionnellement à celles-ci.

Enfin, le tribunal pourra également décider, dans le jugement ordonnant la vente, qu'il ne sera adjugé que les éléments incorporels du fonds, sur une mise à prix unique qu'il indiquera et que les marchandises et le matériel seront repris par l'adjudicataire à dire d'experts.

4° Le jugement règle la publicité extraordinaire dans le cas où elle apparaîtrait comme utile et nécessaire, enfin, il nomme s'il y a lieu un administrateur provisoire pour gérer le fonds de commerce jusqu'à la vente.

Voici les dispositions qui doivent ou peuvent être contenues dans les jugements ordonnant la vente des fonds de commerce.

Disons immédiatement que le tribunal doit statuer dans la quinzaine de la première audience, que son jugement n'est pas susceptible d'opposition, est exécutoire sur minute, qu'il peut en être appelé devant la Cour d'appel dans la quinzaine de la signification à partie, que l'appel est suspensif et que l'arrêt, qui est exécutoire sur minute, doit être rendu par la Cour dans le mois.

Les formalités postérieures au jugement sont très simples.

Il est dressé un cahier des charges par l'officier public commis, il est apposé des affiches et fait des publications et des insertions dans un journal d'annonces judiciaires.

Il y a en outre une formalité qui a une grande importance, qui est même capitale, parce que c'est grâce à elle que l'adjudication purge les inscriptions au profit de l'adjudicataire : c'est la sommation qui doit être faite par le poursuivant au propriétaire du fonds et aux créanciers inscrits antérieurement à la décision qui a ordonné la vente, au domicile élu par eux dans leurs inscriptions, quinze jours au moins avant la vente, de prendre communication du cahier des charges, de fournir leurs dires et observations et d'assister à l'adjudication, dit l'article 17 de la loi du 17 mars 1909.

S'il y a des précédents vendeurs du fonds de commerce, qui ont fait mentionner dans leurs inscriptions le privilège de vendeur la réserve par eux faite de leur action résolutoire établie par l'article 1654 du Code civil, le créancier poursuivant devra en outre notifier la poursuite de la

vente à ces précédents vendeurs, au domicile élu dans leurs inscriptions, avec déclaration que faute par eux d'intenter l'action résolutoire dans le mois de l'adjudication, ils seront déchus, à l'égard de l'adjudicataire, du droit de l'exercer (art. 2 de la loi du 17 mars 1909, § 1^{er} et 6).

De sorte que, dans ce dernier cas, il sera prudent, pour éviter l'exercice de l'action résolutoire, de ne procéder à l'adjudication qu'un mois après cette dernière notification.

Ces deux dernières formalités sont pour ainsi dire calquées sur celles qui sont prescrites, en matière d'expropriation forcée d'immeubles, par les articles 691 et 692 du Code de procédure civile.

A partir de ces notifications, les créanciers sommés se trouvent, pour ainsi dire, parties liées à la poursuite de la vente.

Enfin, mention spéciale des formalités que l'on vient de décrire doit être faite dans le procès-verbal de la vente.

Ici, il est bon de rappeler qu'à peine de déchéance, les moyens de nullité de la procédure de vente doivent être opposés au moins huit jours avant l'adjudication.

C'est le président du tribunal civil de l'arrondissement où s'exploite le fonds qui en connaîtra, conformément aux dispositions de l'article 15, § 8, de la loi du 17 mars 1909.

Ce magistrat devra statuer dans la quinzaine de la première audience ; son ordonnance n'est pas susceptible d'opposition, comme du reste toutes les ordonnances de référé, elle est exécutoire sur minute, l'appel est suspen-

sif, doit être formé dans la quinzaine de la signification et l'arrêt qui doit être rendu dans le mois est exécutoire sur minute

Quant aux effets de l'adjudication, ils sont les mêmes au point de vue général que dans les autres ventes de fonds de commerce, à part que l'adjudication, lorsque les notifications ont été régulièrement faites et le délai prescrit par la loi expiré, purge le fonds de commerce des nantissements qui le grèvent, et éteint l'action résolutoire si elle a été réservée et mentionnée dans l'inscription de privilège d'un précédent vendeur. L'adjudication aussitôt tranchée, transportera donc à l'adjudicataire la propriété du fonds de commerce et arrêtera le cours des inscriptions du chef du débiteur saisi.

Elle ne sera pas susceptible de surenchère, ni de la part des créanciers inscrits, ni de celle des créanciers chirographaires.

Aux termes de l'article 19 de la loi du 17 mars 1909, le fonds sera revendu par folle enchère selon les formalités prescrites par l'article 17 de ladite loi, faute par l'adjudicataire d'exécuter les clauses de l'adjudication et le fol enchérisseur sera tenu, envers les créanciers du vendeur, et envers le vendeur de la différence entre son prix et celui de la revente.

La folle-enchère a déjà été examinée par nous lorsque nous avons étudié la surenchère du sixième.

Bien que la question ne rentre pas précisément dans les limites de notre sujet, nous pouvons ajouter, pour termi-

ner ce chapitre, que nous pensons que le procès-verbal d'adjudication intervenu dans les conditions et selon les formalités ci-dessus, dispense du renouvellement de leurs inscriptions des créanciers nantis ou ayant un privilège de vendeur.

Ces inscriptions, bien que la loi de 1909 ne le dise pas expressément, auront produit leur effet par l'adjudication du fonds de commerce, comme les inscriptions hypothécaires en suite du jugement d'adjudication sur expropriation forcée.

CHAPITRE V

DE LA DISTRIBUTION DU PRIX.

Nous avons vu quelles sont les poursuites que peuvent exercer les créanciers chirographaires, d'une part pour conserver leurs droits sur le prix du fonds de commerce vendu par leur débiteur, et d'autre part pour arriver à la vente forcée de ce fonds.

Nous nous proposons maintenant d'examiner les poursuites et les diligences que doivent faire les créanciers chirographaires d'un commerçant pour arriver à se faire payer, en tout ou en partie, de leurs créances, avec le prix du fonds de commerce vendu.

L'acquéreur ou l'adjudicataire ne peut pas payer son prix avant d'avoir fait faire la publication de la vente du fonds de commerce qui lui a été faite dans les formes et après l'expiration des délais prescrits par l'article 3 de la loi du 17 mars 1909.

Toutes les acquisitions de fonds de commerce, sans aucune exception ni réserves, même celles où la surenchère est impossible, doivent être publiées, car la publication n'a pas seulement pour but de faire courir les délais de surenchère à l'encontre des créanciers chirographaires, elle a encore pour objet d'obliger les créanciers à se révé-

ler et à se faire connaître dans le délai fixé par la loi, au moyen d'une opposition régulière, s'ils veulent participer à la distribution du prix de la vente du fonds de commerce.

On est allé peut-être trop loin, en disant que toutes les ventes de fonds de commerce, sans exception ni réserves, devaient être publiées.

Il y a cependant un cas où cette publication paraît inutile, c'est celui où la vente aux enchères publiques du fonds a été poursuivie par un syndic ou un liquidateur judiciaire, suivant les formes prescrites par l'article 17, car dans ce cas il n'y a pas de surenchère possible, et d'autre part ce prix de fonds de commerce formant l'un des éléments de l'actif de la faillite ou de la liquidation judiciaire, les créanciers pour obtenir un dividende, doivent affirmer et faire vérifier leurs créances pour être admis au passif de la faillite ou de la liquidation judiciaire.

Les créanciers qui désirent se faire payer sur le prix du fonds de commerce de leur débiteur devront donc se faire connaître par une opposition régulière dans les délais de l'article 3.

S'ils ne remplissent pas cette formalité de l'opposition, ils pourront néanmoins venir participer à la distribution du prix du fonds de commerce, si le prix n'est pas distribué, en faisant pratiquer une saisie-arrêt de droit commun sur ce prix, saisie-arrêt qui aura pour effet de le rendre indisponible.

Le prix d'un fonds de commerce doit donc être distri-

bué : 1° Entre les créanciers privilégiés et les créanciers inscrits en suite d'un nantissement ou d'un privilège de vendeur ; 2° entre les créanciers ayant formé opposition dans les formes et délais prescrits par l'article 3, et ceux ayant fait pratiquer une saisie-arrêt avant le paiement du prix.

Nous allons examiner dans quelles conditions et de quelle manière doit se faire cette distribution.

Elle peut se faire à l'amiable, c'est ce qui arrivera presque toujours lorsque les créanciers seront payés intégralement.

Nous estimons que le refus par le débiteur de participer à la distribution amiable du prix de son fonds de commerce ne saurait empêcher cette distribution d'avoir lieu amiablement.

La présence du débiteur à l'acte de distribution du prix est sans doute utile, en ce sens qu'il approuve les paiements faits par l'acquéreur aux divers créanciers, et rend par conséquent toute contestation impossible, mais elle n'est pas indispensable.

Cette manière de voir paraît résulter de l'article 6 de la loi du 17 mars 1909 qui décide que l'acquéreur n'est tenu de faire la consignation de son prix, formalité préliminaire à la distribution judiciaire, qu'à défaut d'entente *entre les créanciers*.

Si la loi avait voulu que le débiteur participât aussi à cette entente avec les créanciers, elle l'aurait dit ; en l'omettant volontairement, elle décide par le fait même

que la distribution amiable peut avoir lieu sans l'assentiment du débiteur.

La plupart des auteurs décident, au contraire, que dans le droit commun, lorsqu'il s'agit d'arriver à la distribution du prix d'objets mobiliers à l'amiable, il faut que l'accord existe non seulement entre les créanciers opposants, mais encore avec le débiteur.

A défaut d'entente de ce dernier avec ses créanciers, ceux-ci étant d'accord entre eux, devront prendre un jugement pour être autorisés à recevoir du dépositaire leurs créances respectives (*Pandectes françaises*, V^o *Distribution par contribution*, n^o 33).

Pour arriver à la distribution du prix d'une vente de commerce, si l'accord des créanciers suffit, il faut que cet accord existe, non seulement entre les créanciers inscrits ou privilégiés, mais encore entre tous les créanciers opposants.

Les dispositions de l'article 6 de la loi du 17 mars 1909 sont formelles à cet égard.

L'acquéreur, dit cet article, lorsque le prix de la vente est définitivement fixé, qu'il y ait ou non surenchère, à défaut d'entente entre les créanciers pour la distribution amiable de son prix, est tenu, sur la sommation de tout créancier, et dans la quinzaine suivante, de consigner la portion exigible de son prix, et le surplus au fur et à mesure de l'exigibilité, à la charge de toutes les oppositions faite entre ses mains, ainsi que des inscriptions grevant le fonds et des cessions qui lui ont été notifiées.

Ainsi donc, si l'acquéreur d'un fonds de commerce a payé jusqu'à concurrence de son prix, soit parce qu'il y a été forcé, soit parce qu'il l'a bien voulu, des créanciers privilégiés, même pour une somme égale ou supérieure à son prix d'acquisition, il devra quand même déposer à la Caisse des dépôts et consignations, à la demande d'un créancier qui n'aurait rien à espérer, toute la portion exigible de son prix.

Naturellement, il pourra produire ensuite à la distribution, comme subrogé dans les droits de privilège et autres des créanciers qu'il aura payés, en vertu de l'article 1251, § 2, du Code civil.

Il n'y a rien d'anormal en cela.

C'est le droit commun.

En matière immobilière, tout créancier hypothécaire peut obliger le détenteur d'un immeuble frappé de son inscription, qu'elle arrive ou non en ordre utile, à notifier d'abord son contrat d'acquisition.

Puis ensuite, lorsque les délais de surenchère sont expirés, il peut faire ouvrir l'ordre.

En matière mobilière, c'est la même chose.

Lorsqu'il y a des oppositions et que le saisi et les créanciers ne se sont pas entendus dans le mois pour convenir de la distribution amiable du prix de la vente faite ensuite de saisie-exécution, l'officier public qui a fait la vente est tenu de consigner dans la huitaine suivante, à charge des oppositions, le montant de la vente, déduction faite des frais (art. 657, C. proc. civ.).

Au surplus, ce n'est pas l'acquéreur d'un fonds de commerce qui est juge de la validité des nantissements et du rang des créanciers entre eux, c'est le tribunal civil ou le tribunal de commerce qui doivent trancher cette question, lorsqu'ils en sont saisis ensuite d'un contredit au règlement provisoire d'une distribution par contribution ou d'un renvoi à l'audience en matière de faillite.

A défaut d'entente amiable entre les créanciers, l'acheteur, comme nous l'avons vu, est tenu de consigner son prix ou plutôt la partie exigible de son prix d'achat de fonds de commerce dans la quinzaine de la sommation qui lui en sera faite par un créancier du vendeur opposant ou non (art. 6).

A défaut par lui de ce faire, il pourra être poursuivi devant le tribunal de commerce, ou même devant le tribunal civil par ce créancier, qui peut avoir le droit d'option s'il est un créancier civil, pour voir ordonner qu'il sera tenu de verser la partie exigible de son prix à la Caisse des consignations.

Une fois la consignation opérée, le créancier le plus diligent peut faire ouvrir une distribution par contribution devant le tribunal civil.

La procédure suit son cours, un juge est commis pour faire le règlement, les créanciers opposants ainsi que les créanciers inscrits sont sommés d'avoir à faire leurs actes de production au greffe ès-mains du juge commis, par le ministère d'avoué, dans le mois de la sommation qu'ils ont reçue à peine de forclusion,

Le juge dresse ensuite un règlement provisoire qui est dénoncé aux créanciers produisants, avec sommation de le contredire dans un délai de quinzaine.

Si les créanciers sont satisfaits du règlement provisoire, ils s'abstiennent de contredire, et la distribution est ensuite clôturée par le règlement définitif, le greffier délivre alors aux créanciers colloqués des bordereaux de collocation sont exécutoires contre le préposé de la Caisse des consignations.

Si au contraire les créanciers forment des contredits, le juge renvoie les parties à l'audience et le tribunal statue, et selon que les contredits sont admis ou rejetés, le règlement définitif est fait, puis les bordereaux de collocation sont délivrés sur la Caisse des consignations au profit des créanciers colloqués.

Si la faillite du vendeur du fonds de commerce est déclarée, le syndic encaisse le prix du fonds de commerce, comme élément de l'actif de la faillite et il le distribue avec les autres sommes qu'il a recouvrées, entre les créanciers produisants ou admis par provision suivant les règles ordinaires de la faillite.

Nous pensons que la distribution du prix du fonds de commerce en suite de faillite sera malheureusement celle qui sera le plus souvent employée.

Du moment que tous les créanciers ne sont pas payés, le vendeur d'un fonds de commerce n'est plus *in bonis*, dès lors, il se trouve en état de cessation de paiement et la faillite sera prononcée à la requête d'un créancier commercial.

Les créanciers auront quelquefois même intérêt à faire déclarer leur débiteur en faillite pour leur permettre de faire annuler des nantissements qui auraient été consentis pendant la période suspecte, nantissements que l'article 11 de la loi du 17 mars 1909 a proclamé nuls s'ils tombent sous le coup des dispositions des articles 446, 447 et 448, § 1^{er}, du Code de commerce.

On est à se demander quel sera le sort de la distribution par contribution ouverte sur la somme consignée d'un prix de vente de fonds de commerce lorsque le débiteur vient à être déclaré en faillite ?

La doctrine et la jurisprudence sont absolument divisées sur cette question.

Il y a cependant un point admis par tout le monde ;

Lorsque la faillite intervient avant l'expiration des délais fixés par l'article 660 du Code de procédure civile, pour la production des créanciers, la procédure de distribution par contribution tombe pour faire place à la procédure de faillite, et le tribunal de commerce devient seul compétent pour la répartition de la somme consignée.

Mais lorsque la déclaration de faillite est prononcée postérieurement à l'expiration du délai de production, c'est là que surgissent les difficultés.

Dans un premier système, on soutient qu'à partir de l'expiration de ce délai, les créanciers produisants ont un droit exclusif sur les sommes mises en distribution, et tous autres créanciers sont forclos du droit d'y participer.

Le syndic de la faillite ne pourrait donc plus, dès ce

moment, revendiquer au profit de la masse les sommes sur lesquelles la contribution est ouverte. La procédure de distribution devrait donc suivre son cours, sauf au syndic à y prendre part (Alger, 11 février 1878, D. 79.2.85 ; Douai, 6 janvier 1887 ; Trib. Seine, 20 juillet 1889, *Gaz. Pal.*, 89.2.296 ; Bioche, *Distribution*, n° 53 ; Dutruc, sur Chauveau, V° *Distribution*, n° 52 ; Tessier, n° 94 ; Rousseau et Lainé, V° *Ordre*, n° 12 ; Patron, t. I, n° 119).

Suivant un autre système, on admet que les créanciers non opposants étant recevables à venir prendre part à la contribution jusqu'à la rédaction du règlement provisoire, par conséquent que jusqu'à ce moment les créanciers produisants n'ont pas de droit acquis sur les deniers mis en distribution et que dès lors l'intervention du syndic peut interrompre la contribution, jusqu'à la date du règlement provisoire (Cass., 13 novembre 1861, D. 61.1.84 ; Paris, 25 juillet 1882, D. 83.2.215).

Enfin, d'après un troisième système, il a été jugé que le procès-verbal de collocation provisoire ne devient définitif qu'après l'expiration des délais accordés pour contredire ou lorsque le jugement sur les contredits a acquis l'autorité de la chose jugée, et qu'en conséquence, tant que ces délais ne sont pas expirés, la juridiction civile doit se dessaisir (Rouen, 1^{er} août 1861, S.62.2.465).

Nous venons de voir quelles sont les règles de procédure qu'il faut employer pour arriver à la distribution du prix d'un fonds de commerce, il nous faudrait maintenant examiner comment et de quelle manière doit se faire cette

distribution, ce qui nous amènerait à traiter d'abord la question de rang des divers créanciers privilégiés.

Mais cette question est absolument en dehors des limites de notre étude que nous terminerons en disant quelques mots sur les droits que les créanciers chirographaires peuvent faire valoir dans la distribution du prix.

Les créanciers chirographaires devront s'opposer à l'admission par privilège d'un créancier dont la créance et le privilège n'existeraient pas.

Pour cela, ils feront tous les contredits qui seront nécessaires dans les distributions qui seront ouvertes, ils n'ont qualité que pour discuter le privilège et son quantum, mais non le rang des privilèges, car cela ne les regarde pas, puisque n'importe quel privilège leur est préférable.

Il y a cependant un privilège qui les intéresse particulièrement, c'est celui des frais relatifs à la distribution du prix du fonds de commerce.

Les frais de procédure proprement dits, de distribution par contribution dus à l'avoué poursuivant et ceux de faillite dus au syndic, naturellement sont privilégiés, cela est hors de doute, mais en est-il de même de ceux des oppositions faites par les créanciers en exécution de l'article 3 de la loi du 17 mars 1909 ?

Nous ne le pensons pas, ils doivent suivre le sort des créances et leur être ajoutés pour le calcul du dividende.

Cela est malheureux.

Il y a en effet des créances de minime importance dues à de petits créanciers.

Ceux-ci devront donc s'abstenir de former opposition s'ils considèrent que le dividende qu'ils obtiendront sera inférieur aux frais d'opposition qu'ils exposeront.

Dans toutes les hypothèses que nous avons examinées, nous avons supposé qu'il existait plusieurs créanciers opposants, mais s'il n'en existe qu'un seul et que la vente du fonds de commerce ait eu lieu en exécution de l'article 15 de la loi nouvelle, il y aura lieu d'appliquer le paragraphe 7 de cet article, c'est-à-dire que le tribunal de commerce autorisera le créancier poursuivant à toucher directement de l'adjudicataire ou de l'officier public vendeur, le montant du prix d'adjudication, déduction faite des frais privilégiés, à due concurrence de sa créance.

Dans tous les autres cas, s'il existe un créancier unique, ce créancier pourra toujours se faire attribuer le prix du fonds par un jugement.

Vu :

Le Président de la thèse,
TISSIER.

Vu :

Le Doyen,
P. CAUWÈS.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
GÉNÉRALITÉS.	1
§ 1. — Des droits des créanciers civils en général . . .	1
§ 2. — Des droits de poursuite des créanciers chirographaires en matière commerciale	16
CHAPITRE PREMIER. — De l'application, en matière de fonds de commerce, des règles de la saisie-arrêt, de la saisie-exécution et de la distribution par contribution.	25
CHAPITRE II. — Les droits de poursuite des créanciers chirographaires sur les fonds de commerce, d'après la loi du 17 mars 1909.	46
§ 1. — Protection des créanciers chirographaires par une publicité de la vente	47
§ 2. — De l'opposition et de la surenchère du sixième. .	75
CHAPITRE III. — Des droits des créanciers chirographaires en cas d'établissement d'un nantissement au profit d'un créancier sur le fonds de commerce. . . .	107
CHAPITRE IV. — De la réalisation des fonds de commerce et des droits des créanciers chirographaires	112
CHAPITRE V. — De la distribution du prix.	130

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne)
